

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA LUCIA MARQUES

**O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO
CULTURAL**

**CURITIBA
2011**

RENATA LUCIA MARQUES

**O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO
CULTURAL**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Público da Universidade Federal do
Paraná como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Angela Cassia
Costaldello.

**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA LUCIA MARQUES

O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dra. Angela Cassia Costaldello
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Membro

convidado:

Karin Käsmayer
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Membro

convidado:

Leandro Franklin
Núcleo de Prática Jurídica
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 02 de dezembro de 2011.

“Defender o nosso patrimônio
histórico e artístico é alfabetização”
Mário de Andrade

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise e exposição sistemática da proteção jurídica garantida ao patrimônio cultural pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta proteção busca a sua real preservação, vez que constitui elemento dinâmico que ajuda a formar a identidade nacional. Para tanto, parte-se de um breve histórico da propriedade privada a fim de mostrar como a sua conformação atual, funcionalizada, se adéqua à noção de patrimônio cultural.

A partir de então se busca delimitar do que este é constituído - os bens culturais, sua natureza jurídica e classificação.

Após faz-se estudo dos diversos modos que foram pensados para se proteger o patrimônio cultural na história constitucional e legislativa pátria, antes de se adentrar especificamente na análise dos instrumentos previstos pela Constituição de 1988.

Entre esses se destaca o tombamento, lembrando que há ainda formas de proteção através do Poder Judiciário - a ação popular e a ação civil pública.

Finalmente, ao perceber que os instrumentos disponíveis não são um rol exaustivo, mencionando-se outras iniciativas a fim de que a proteção ao patrimônio cultural seja a mais completa possível.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural, Patrimônio Histórico, Tombamento.

ABSTRACT

This study aims to review and expose systematically the legal protection granted to the cultural heritage by Brazilian Law. This protection seeks to make its real preservation, because it is a dynamic element that converges to build the national identity. To fulfill our goal, we start from a brief review on the concept of property thought history, in order to display how property's present configuration, functionalized, suits perfectly the idea of cultural heritage.

Based on the previous proven Idea, now we sought to delimitate the central core of cultural heritage – the cultural goods, its legal nature and classification.

After that it is made the study of different mechanisms used to protect the cultural heritage in both constitutional and legislative history, shortly before entering specifically into the analysis of the instruments provided by the 1988's Constitution.

Among those legal instruments we highlight the *historical record preservation*, which consists in a good being listed as cultural heritage, suffering, in consequence, direct intervention by public administration, as well as judicial legal instruments such as class actions, civil action in the public interest and popular judicial action.

Finally, considering that the instruments available are not enough to accomplish the necessary protection that cultural heritage demands, other efforts are mentioned in order to make it's legal protection as complete as possible.

Key words: Cultural Heritage, Historical Heritage, Historical Record Preservation.

Sumário

Introdução.....	9
1. Breve Histórico da Propriedade Privada Moderna.....	11
1.1. Estado Liberal	11
1.2. Estado do Bem Estar Social	12
1.3. Estado Democrático de Direito.....	13
2. O Patrimônio Cultural.....	15
2.1. Os Bens Culturais.....	16
2.1.1. Conceito	16
2.1.2. Natureza Jurídica.....	18
2.1.3. Classificação	18
3. O Patrimônio Cultural no Brasil.....	22
3.1. Evolução histórica	22
3.2. Evolução constitucional	26
3.2.1. Constituição de 1934	27
3.2.2. Constituição de 1937	27
3.2.3. Constituição de 1946	28
3.2.4. Constituição de 1967	28
3.2.5. Constituição de 1988	29
3.3. Evolução histórica das leis federais	31
3.3.1. Decreto-Lei nº 25/1937	31
3.3.2. Decreto-Lei nº 3.866/1941	33
3.3.3. Lei nº 3.924/1961.....	33
3.3.4. Lei 4.845/1965	34
3.3.5. Decreto 3.551/2000.....	35
3.4. O patrimônio cultural em relação aos Estados e Municípios.....	36
4. Os instrumentos de preservação da Constituição da República de 1988.....	38
4.1. O Tombamento	40
4.1.1. Definição legal de tombamento.....	40
4.1.2. Quanto à discricionariedade do ato	41
4.1.3. Quanto à situação jurídica do ato	42

4.1.4.	Quanto à natureza jurídica.....	42
4.1.5.	Quanto à classificação enquanto ato ou procedimento.....	45
4.1.6.	Tipos de tombamento e procedimento.....	47
4.1.7.	Revogação e Anulação do Tombamento	48
4.2.	Das medidas de proteção através do Poder Judiciário	49
4.2.1.	A Ação Popular	50
4.2.2.	A Ação Civil Pública	51
4.3.	Outras formas de proteção e acautelamento.....	52
	Conclusão	56
	Fonte bibliográfica	58
5.	Anexos	61
5.1.	Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937 – Lei do Tombamento	61
5.2.	Decreto-Lei nº 3.866 de 29 de novembro de 1941.	71
5.3.	Lei 3.924 de 26 de julho de 1961 – Lei dos Sambaquis	72
5.4.	Lei 4.845 de 19 de novembro de 1965	80
5.5.	Decreto nº 3.551 de 4 de agosto de 2000.....	82

Introdução

O presente trabalho tem como escopo principal a análise e consequente exposição sistemática da proteção jurídica garantida ao patrimônio cultural pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta proteção objetiva a real preservação do patrimônio cultural, instrumento dinâmico - através do resgate do passado, manutenção do presente e enriquecimento cultural do futuro – que ajuda a formar a identidade de um povo. Nas palavras de Carlos Frederico Marés de Souza Filho,

[...] a cultura, no amplo conceito antropológico, é o elemento identificador das sociedades humanas e engloba tanto a língua na qual o povo se comunica, conta suas histórias e faz seus poemas, como a forma como prepara seus alimentos, o modo como se veste e as edificações que lhe servem de teto, como suas crenças, sua religião, o saber e o saber fazer as coisas, seu direito¹.

A preservação do patrimônio histórico, cultural, paisagístico, artístico, arqueológico ou turístico é algo imprescindível a qualquer povo, a qualquer nação. Desta forma, justifica-se que a propriedade até mesmo do particular seja disposta ao Poder Público e as características típicas anteriores – ou seja, civis – fiquem restritas ou suspensas.

A partir desta proposta, cabe, inicialmente, um histórico breve relacionado à própria história da propriedade privada, para que seja possível entender o momento histórico favorável para uma mentalidade de que a propriedade privada não é absoluta quanto ao seu proprietário, havendo razões para que o Estado intervenha em relação a esta.

Desta maneira, devemos nos atentar no estudo que virá adiante aos bens culturais que formam o patrimônio cultural, como também a sua natureza jurídica, seus diferentes conceitos e características.

Ainda, mostra-se necessário um histórico do patrimônio cultural no Brasil, seja da noção histórica de patrimônio como as alterações legislativas

¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 09.

relativas à sua proteção, assim como os instrumentos específicos utilizados pelo Estado para executar esta proteção. Cabe ainda, observar que tal proteção não é obrigação exclusiva da União, devendo, a partir de previsão constitucional, os Estados membros, Distrito Federal e Municípios atentarem para esse dever. Destaca-se em especial o instituto do tombamento, seja pelo seu valor histórico na legislação nacional, seja por ser a forma mais comum de intervenção quanto ao patrimônio cultural.

Tendo discutido a atuação dos entes federativos mencionados, importante a ressalva de outros instrumentos disponíveis nesse mesmo sentido de proteção, como a ação civil pública e a ação popular.

Existem ainda outros instrumentos diversos que podem ser aplicados no intuito de incentivar a apoiar a preservação e proteção do patrimônio cultural. São exemplos disto a transferência de potencial construtivo, as leis de zoneamento urbano e os incentivos fiscais – em especial quanto ao imposto predial e territorial urbano e o imposto de renda.

1. Breve Histórico da Propriedade Privada Moderna

1.1. Estado Liberal

Ao nos propormos fazer um estudo em que esteja envolvido o conceito de propriedade requer-se que seja feito, preliminarmente, um breve histórico da formação desta. Por entender que a ideia de propriedade como a conhecemos atualmente tem suas raízes com o surgimento do Estado Liberal Moderno, iniciaremos este histórico a partir de um corte feito na Revolução Francesa (ano de 1789), marco inicial em relação à propriedade privada moderna, movimento que é sempre lembrado pelo lema “liberdade igualdade e fraternidade”².

A partir desse momento histórico, a noção de propriedade é alterada. Anteriormente, tínhamos como referência em relação a propriedade privada o modelo romano. Que, de acordo com Luiz Edson Fachin, agora a propriedade terá um caráter democrático. Quanto aos privilégios, serão extintos, como por exemplo, direitos perpétuos. O condão da propriedade será igualdade, soberania e justiça, conforme agradou a classe burguesa³.

É importante destacar sobre a revolução francesa outros pontos, como, por exemplo, a positivação/codificação e o individualismo exacerbado. Tais pontos foram certamente atualizados a partir da referência dos que os alteraram: a posição social dos burgueses e a proteção de seus interesses. Nesse sentido, vale o destaque de Paolo Grossi, para quem

[...] a codificação tende de fato a cobrir cada território da experiência jurídica, sem deixar de lado aquelas relações cotidianas entre os

² “Como a afirmação de uma liberdade e de uma igualdade formais tinham sido os instrumentos mais idôneos para garantir ao *homo oeconomicus* a desigualdade de fato das fortunas, assim essa propriedade ‘espiritualizada’ teria se concretizado, por graça das suas ilimitadas possibilidades transformistas, na pedra filosofal da civilização capitalista: a mais pobre, a mais desencarnada das construções jurídicas ter-se-ia demonstrado um meio efficientíssimo para transformar tudo em ouro, instrumento pontual para todo tipo de mercantilização”. In GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Henrique Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 83.

³ FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea** (Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998. p.16 (grifos como original).

particulares no exercício da vida privada sobre os quais a ordem burguesa vencedora quer comandar e sobretudo aqueles institutos extremamente vitais da constituição tácita de uma sociedade burguesa que são a propriedade individual e o contrato igualmente individual⁴.

Temos uma proteção maior à propriedade particular por um momento histórico em que o individualismo recebe mais atenção, a partir de interesses advindos da burguesia francesa.

Não tardou, porém, para que o individualismo excessivo decorrente do movimento iluminista que inspirou os revolucionários franceses mostrasse as suas deficiências. Isso ficou evidente não apenas em um cenário interno e envolvendo os sujeitos dos direitos de liberdade de primeira geração, cuja igualdade meramente formal saltava aos olhos, mas também, e principalmente, no plano internacional. Neste, por sua vez, as disputas entre os Estados nacionais por uma maior parcela do mercado mundial culminariam na Primeira Grande Guerra, acontecimento bélico sem precedentes na história da humanidade e que implicou um repensar da própria noção de propriedade.

1.2. Estado do Bem Estar Social

Outro momento histórico de maior destaque configura-se no início do século XX, ao que a máxima “a propriedade obriga” da Constituição de Weimar (datada de 1919) adiciona um novo perfil ao instituto da propriedade privada.

Em relação a esta passagem histórica do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social, Romeu Felipe Bacellar Filho escreve que

[...] ao Estado Liberal, sobreveio, paulatinamente, o Estado Social, devedor de prestações que visassem compensar os desníveis sociais. Esse Estado se agigantará para dar conta de novas atividades. Explicando a passagem do Estado Liberal para o Estado Social (interventor), Caio TÁCITO afirma: ‘a tônica dos regimes políticos se deslocou da abstenção para a intervenção. Intervir para preservar era o lema democrático’.⁵

⁴ GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Henrique Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 95-96.

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Público e Direito Privado: Panorama atual da Doutrina, Possibilidades de Diferenciação e Estabelecimento de Pontos de Contato*. In: Centro Acadêmico Hugo Simas (org.). **Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea**. Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2008, p. 189.

Neste momento histórico, a propriedade carregará consigo algo chamado pelo ordenamento jurídico presente de função social da propriedade.

E esta função social conforme Luiz Edson Fachin diz respeito às limitações originárias na prevalência do interesse público sobre o interesse privado e fundamenta-se em “eliminar da propriedade privada o que há de eliminável”⁶.

A partir de então, temos como princípio jurídico a função social da propriedade, estando constitucionalmente consagrado em nosso artigo 5º, inciso XXIII⁷. Ainda nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo assevera que

[...] aparece a propriedade com função marcadamente social. E, em decorrência da função social da propriedade, evoluem o interesse e a preocupação com o Direito Urbanístico. Os institutos vão aparecendo e se fortalecendo na medida da necessidade da compatibilização entre a propriedade com função social e os direitos individuais.⁸

A função social da propriedade aparece marcadamente em defesa da coletividade e é destaque nesse período do Estado do Bem Estar Social.

1.3. Estado Democrático de Direito

Finalmente chegamos ao cenário contemporâneo, em que o próprio Estado de Bem Estar Social mostrou suas deficiências e impossibilidades de atender aos anseios e necessidades da população. Não que se trate de uma necessidade de superação de tal modelo, mas sim de um aprimoramento visando construir um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito. Quanto a este momento, Romeu Felipe Bacellar Filho comenta que

[...] a crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na idéia de cidadania, compreendida numa dimensão procedimental enquanto participação ativa. Este Estado tenderia a destruir paulatinamente um

⁶ FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea** (*Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*). Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998. p.19-20 (grifos como original).

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 6ed., 2003. p. 290.

paradigma, comum aos dois modelos anteriores – o que fazia diluir o público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se no paradigma do estado Liberal e do estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, equiprimordiais.⁹

De maneira resumida, o que se observa é uma mudança constante quanto à intervenção estatal no direito de propriedade do particular, de modo que o contato entre o direito público e o direito privado é sempre renovado de acordo com o momento histórico, sendo que esse ponto é de extrema importância em relação ao patrimônio cultural, vem que se origina tanto como bem público quanto como bem privado. O direito privado atual corrobora a intervenção estatal – cuja base está no direito público – no direito de propriedade, havendo inclusive previsão no Código Civil brasileiro de 2002¹⁰.

Compreendida, portanto, a propriedade não mais apenas como um direito individual (Estado Liberal); revisto o papel do Estado - de ente omissor à prestador de políticas públicas visando a redução das desigualdades (Estado de Bem Estar Social) –; e, por fim, constatada a necessidade diária de implementação dos direitos fundamentais de forma participativa (Estado Democrático de Direito), percebe-se que o tratamento conferido ao patrimônio cultural não pode mais ficar preso a um conceito de propriedade que não tem adequação com a realidade.

Dessa forma, a *propriedade que cumpre a sua função social* esta vocacionada a implementar a efetiva proteção do patrimônio cultural, sendo ambos, *propriedade* e *patrimônio cultural*, conceitos que andam de mãos dadas, devendo a sua regulamentação pelo nosso ordenamento jurídico estar atenta para tal fato.

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Público e Direito Privado: Panorama atual da Doutrina, Possibilidades de Diferenciação e Estabelecimento de Pontos de Contato*. In: Centro Acadêmico Hugo Simas (org.). **Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea**. Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2008, p. 190.

¹⁰ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. [...] § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

2. O Patrimônio Cultural

A UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – descreve que “o patrimônio é o legado que recebemos do passado, vivemos no presente e transmitimos às futuras gerações. Nosso patrimônio cultural e natural é fonte insubstituível de vida e inspiração, nossa pedra de toque, nosso ponto de referência, nossa identidade” ¹¹. Tal definição coaduna-se com o que os autores Wagner Costa Ribeiro e Silvia Helena Zanirato expõem ao afirmarem que

[...] o patrimônio cultural se refere às manifestações matérias e imatérias, tangíveis e intangíveis que afirmam e promovem a identidade cultural de um povo e que são transmitidas de geração a geração. Uma definição como esta implica compreender que os seres humanos são produtores de cultura e que a identidade cultural de um povo é forjada no meio em que ele vive. Por isso, o ambiente também é patrimônio¹².

Podemos ainda expor a descrição do IPAHN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – que define o patrimônio cultural através da idéia de um conjunto de manifestações, realizações e representações de um povo. Complementa a definição explicando que se faz presente:

[...] em todos os lugares e atividades: nas ruas, em nossas casas, em nossas danças e músicas, nas artes, nos museus e escolas, igrejas e praças. Nos nossos modos de fazer, criar e trabalhar. Nos livros que escrevemos, na poesia que declamamos, nas brincadeiras que organizamos, nos cultos que professamos. Ele faz parte de nosso cotidiano e estabelece as identidades que determinam os valores que defendemos. É ele que nos faz ser o que somos. Quanto mais o país cresce e se educa, mais cresce e se diversifica o patrimônio cultural. O patrimônio cultural de cada comunidade é importante na formação da identidade de todos nós, brasileiros¹³.

¹¹ UNESCO. **O Patrimônio: legado do passado ao futuro**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/cultura/world-heritage/heritage-legacy-from-past-to-the-future/#c154835>>. Acesso em 09/09/2011.

¹² RIBEIRO, Wagner Costa e ZANIRATO, Silvia Helena. O Patrimônio Natural sob Proteção. A Construção de um Ordenamento Jurídico. In FUNARI, Pedro Paulo A., Org., PELEGRINI, Sandra C. A., Org., RAMBELLI, Gilson, Org.. **Patrimônio Cultural e Ambiental: Questões legais e conceituais**. Annablume, Fapesp, Campinas, Npam: São Paulo, 2009. p. 219.

¹³ IPHAN. **Educação Patrimonial**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=15481&retorno=paginalphan>>. Acesso em 09/09/2011.

Através da informação adquirida do que se trata o patrimônio cultural, para que o administrador possa intervir de forma a preservá-lo deve haver uma individualização do patrimônio cultural em bens culturais.

Trataremos, por conseguinte, dos bens culturais. Sua importância é condicional para a formação de um patrimônio cultural, sendo que “estes bens, individualizados, formam um conjunto que é o patrimônio cultural, do Município, do Estado, da Nação ou da Humanidade” ¹⁴. Igualmente notável, conseqüentemente, apresentar um estudo quanto aos bens culturais.

2.1. Os Bens Culturais

2.1.1. Conceito

O patrimônio cultural serve, dentre outros, como instrumento de preservação da identidade coletiva de um povo. Todavia, em nosso ordenamento jurídico não encontramos de maneira positivada um conceito de patrimônio cultural. De acordo com Francisco Luciano Lima Rodrigues:

[...] o problema central do direito do patrimônio cultural é a construção de um conceito capaz de unir o direito à teoria do patrimônio e à filosofia da cultura. Um conceito que não se perca nas definições jurídicas longas, não se abstraia dos aspectos relacionados à cultura e que envolva questão do patrimônio e do conceito de propriedade ¹⁵.

Temos como referência em nossa Constituição da República de 1988 no artigo 216 o que para o legislador seriam os elementos que formam o patrimônio e os bens culturais ¹⁶.

¹⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 29.

¹⁵ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a Propriedade dos bens Culturais no Estado Democrático de Direito**. Universidade de Fortaleza: Fortaleza, 2008. p. 36.

¹⁶ Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Ao buscarmos em outra fonte, encontramos outro um conceito que enumera requisitos para seu reconhecimento enquanto bem cultural. Segundo a UNESCO, o bem cultural deve:

- [...] i. representar uma obra-prima do gênio criativo humano, ou
 - ii. ser a manifestação de um intercâmbio considerável de valores humanos durante um determinado período ou em uma área cultural específica, no desenvolvimento da arquitetura, das artes monumentais, de planejamento urbano ou de paisagismo, ou
 - iii. aportar um testemunho único ou excepcional de uma tradição cultural ou de uma civilização ainda viva ou que tenha desaparecido, ou
 - iv. ser um exemplo excepcional de um tipo de edifício ou de conjunto arquitetônico ou tecnológico, ou de paisagem que ilustre uma ou várias etapas significativas da história da humanidade, ou
 - v. constituir um exemplo excepcional de habitat ou estabelecimento humano tradicional ou do uso da terra, que seja representativo de uma cultura ou de culturas, especialmente as que tenham se tornado vulneráveis por efeitos de mudanças irreversíveis, ou
 - vi. estar associados diretamente ou tangivelmente a acontecimentos ou tradições vivas, com idéias ou crenças, ou com obras artísticas ou literárias de significado universal excepcional (o Comitê considera que este critério não deve justificar a inscrição na Lista, salvo em circunstâncias excepcionais e na aplicação conjunta com outros critérios culturais ou naturais).
- É igualmente importante o critério da autenticidade do sítio e a forma pela qual ele esteja protegido e administrado.¹⁷

O rol apresentado pela UNESCO aponta para estima a valores similares aos encontrados no artigo 216 da Constituição da República. Assim sendo, observamos que os conceitos trazidos pelo órgão internacional e pela Constituição caminham em um mesmo sentido, de preservar tanto bens cuja importância é notada por uma generalidade quanto bens aos quais apenas individualidades os dotariam de importância cultural, seja ela histórica, artística ou ambiental..

Deve-se ainda destacar que a não existência de um conceito absoluto é um fato importante ao tratarmos desta matéria, vez que a criação de tal conceito, ou ainda, a positivação de um conceito único, seria temerário. Isso

¹⁷UNESCO. **O Patrimônio: legado do passado ao futuro**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/heritage-legacy-from-past-to-the-future/#c154835>>. Acesso em 09/09/2011.

ocorre pois não há nem ao menos um conceito que consiga nos definir o que é cultura e o que não é.

2.1.2. Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica dos bens culturais, deve ser feita a observação de que não traz grande importância o enquadramento quanto à categoria de bens públicos e nem de bens privado. Temos que são os bens culturais, portanto, uma categoria de bens de interesse público, independentemente de terem origem na propriedade pública ou na propriedade privada. Também, que sobre esses bens culturais de interesse público há um valor cultural cuja importância interessa à coletividade. Assim, o objeto de tutela dos bens culturais é o *valor cultural*, seja o bem categorizado como bem de interesse público ou bem cultural – o termo em si varia conforme o doutrinador. Temos, portanto, de acordo com Francisco Luciano Lima Rodrigues, quanto à natureza jurídica

[...] seriam os bens culturais uma categoria homogênea, unitária que reuniria o valor cultural objeto da tutela estatal, a ser exercida sobre bens, sejam públicos ou privados, sem com eles se confrontar, favorecendo ao cidadão o desfrute dos valores culturais tutelados ¹⁸.

Ou seja, o interesse público da coletividade sobre esses bens justifica as restrições e limitações a eles imposta, tendo em vista seu valor cultural; e quanto à divisão clássica entre propriedade privada e propriedade pública notamos que sua importância é reduzida nesta seara.

2.1.3. Classificação

Ao pensarmos em bens de acordo com o sistema jurídico nacional temos ainda os bens públicos e os bens privados. Tal dualidade, entretanto, não é relevante quando tratamos de bens culturais visto seu regime

¹⁸ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a Propriedade dos bens Culturais no Estado Democrático de Direito**. Universidade de Fortaleza: Fortaleza, 2008. p. 59.

diferenciado como bens de interesse público. O Estado está autorizado a interferir seja bem privado ou bem público, pois estaremos lidando com uma situação na qual há devida especialidade no bem em questão. Há, de maneira óbvia, expressa previsão legal desta intervenção, e mesmo aí não considerou necessário o legislador alguma diferenciação entre estes bens de origens diversas. Estes se classificam como *bens de interesse público* na visão de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, independentemente de serem privados ou públicos. A partir da intervenção da Administração neste bem,

[...] nasce um novo direito, que se sobrepõe ao antigo direito individual já existente. O bem como que se divide em um lado material, físico, que pode ser aproveitado pelo exercício de direito individual, e outro, imaterial, que é apropriado por toda a coletividade, de forma difusa, que passa a ter direitos ou no mínimo interesse sobre ela¹⁹.

Neste mesmo sentido, José Afonso da Silva reconhece uma categoria de propriedade urbana de interesse público, na qual os bens de interesse público ficam “subordinados a uma disciplina jurídica especial, para a consecução do fim colimado”²⁰. Explica, ainda, que

[...] incluem-se entre os bens de interesse público os integrantes do meio ambiente cultural, que compreende os declarados como de notável beleza natural, de valor ou interesse histórico, artístico e arqueológico, assim como os *constitutivos do meio ambiente natural* (incluindo o patrimônio florestal) cuja qualidade deva ser tutelada em função da qualidade de vida.²¹

De acordo, portanto, com o artigo 216 da Constituição Federal de 1988, o patrimônio cultural é constituído de *bens culturais*, sejam eles bens corpóreos ou bens incorpóreos (ou intangíveis²²). Para cada um deles há um cuidado específico por parte do Poder Público, consistindo diferença no fato de que nos

¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 17.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 79.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 79 (grifos conforme original).

²² “Os bens intangíveis são manifestações de arte, formas e processos de conhecimento, hábitos, usos, ritmos, danças, processos de transformação e aproveitamento de alimentos etc. É muito difícil determinar o limite em que uma manifestação passa a ser bem jurídico. (...) Estes hábitos passam a ter relevância jurídica em si, quando a comunidade, a coletividade, reconhece a necessidade de protegê-los. Ao serem protegidos, são elevados à categoria de bem jurídico intangível. A titularidade destes bens é coletiva e difusa. A sua proteção se fará com a descrição do hábito por qualquer forma, sem necessidade de que o suporte que o evidencie seja, ele mesmo, preservado”. In SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 32.

bens corpóreos o Estado intervirá no direito de propriedade do particular que dele é proprietário enquanto nos bens incorpóreos os cuidados por parte do poder público podem ser menos interventivos, como o exposto no Decreto 3.551/2000. Nele, os bens culturais de natureza imaterial serão registrados em livros específicos e estarão sujeitos à reavaliação periódica a cada dez anos por parte do IPHAN. Vale, entretanto, o destaque feito por Francisco Luciano Lima Rodrigues, de que é possível encontrarmos uma co-existência entre direitos materiais e imateriais sobre determinado bem²³ corpóreo ou incorpóreo.

Cabe expor a classificação em bens fungíveis e infungíveis. A respeito desta característica, a partir do momento em que o bem jurídico é entendido um bem cultural, a fungibilidade não é necessariamente atribuída como é atribuída aos bens em geral. Isso ocorre, pois ainda que o objeto que traga consigo o bem cultural – um livro ou CD carrega uma obra literária, por exemplo -, a fungibilidade existirá no objeto, e não no bem cultural. Compete também apresentar a definição do Código Civil brasileiro de 2002 que, em seu artigo 50²⁴, nos mostra que é necessária a possibilidade de substituição por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Sendo assim, conforme exemplificado acima, o livro ou o CD poderá ser fungível, todavia a obra estará configurada como bem infungível – e também, neste caso, será um bem cultural imaterial. Carlos Frederico Marés de Souza Filho elucida ao afirmar

[...] todo bem cultural adquire a natureza de infungível. (...) O conceito de fungibilidade é antagônico ao conceito de preservação, se a lei exige a preservação dos bens culturais, eles se tornam, *ipso-facto*, infungíveis.²⁵

Podemos pensar ainda em uma classificação quanto aos bens móveis e bens imóveis. O ordenamento possui uma preponderância à proteção dos

²³ “Essa possibilidade de co-existência pode ser visualizada na situação em que o sujeito exerça sobre determinado objeto os direitos previstos no artigo 1228 do Código Civil Brasileiro e, também sobre ele, exerça os poderes relativos aos direitos autorais, estes, considerados um bem imaterial. Nesse aspecto, Giancarlo Rolla defende ser esta uma característica de sua estrutura, argumentando que a categoria bem cultural não estaria representada pelo objeto em si, mas, ao contrário, pela função imaterial do progresso, do conhecimento e do aperfeiçoamento da personalidade do indivíduo”. In RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a Propriedade dos bens Culturais no Estado Democrático de Direito**. Universidade de Fortaleza: Fortaleza, 2008. p. 49.

²⁴ Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 33.

bens imóveis, visto o enfoque evidente da legislação no instituto do tombamento. Todavia, ressalta-se que os bens imóveis também recebem cuidados por parte do legislador, embora menores e somente mais recentemente. Um exemplo disso é a Lei 4.845/65 que proíbe a saída do Brasil de obras e ofícios tradicionais produzidas no país até o fim do período monárquico.

Conseguimos concluir, enfim, que, a partir da classificação na qual se submete o bem cultural em questão, será aplicada determinada medida por parte do poder público. A classificação dos bens é, desta forma, ligada a proteção que será a ele fornecida pelo poder público. Entretanto, os diferentes instrumentos dos quais dispõe a administração estão em um processo contínuo de evolução. Usemos como exemplo os bens culturais imateriais: em relação a eles existem livros específicos para sua inscrição, criados a partir do Decreto 3.551/2000, e não a inscrição nos livros do Tombo, criados através do Decreto-Lei nº 25/37. A seguir será feita, então, análise da evolução histórica do patrimônio cultural no Brasil.

3. O Patrimônio Cultural no Brasil

3.1. Evolução histórica

A iniciativa de se preservar a memória nacional a partir da proteção do patrimônio cultural não ocorreu por parte do Estado brasileiro. D. Andre de Melo e Castro, o Conde das Galvéias, escreveu uma carta endereçada ao governador da capitania de Pernambuco, Luís Pereira Freire de Andrade - enviada em cinco de abril de 1742. Nela, registra-se um apelo para que seja preservado o Palácio das Duas Torres, obra de Conde Maurício de Nassau. Na época, o Palácio fazia às vezes de quartel e o uso das dependências era pouco cuidadoso por parte dos soldados que ali se encontravam²⁶. Ao examinar tal situação, D. Andre de Melo e Castro adverte a principal autoridade local à época – o governador da capitania na qual se encontrava – para que a situação não acabe por resultar em danos ao Palácio, cuja memória e preservação era estimadas. Mal sabia D. André que esta ficaria conhecida como a primeira medida tomada no sentido de se proteger o patrimônio cultural no Brasil.

Outras manifestações ocorreram posteriormente nas quais se buscava coleções para o acervo da Biblioteca Nacional e recomendações de cuidado em reparos feitos em monumentos²⁷, porém nada que buscasse uma proteção aos bens culturais em geral ou a criação de normas, sendo apenas

²⁶ “Pelo que respeita aos Quartéis que se pretendem mudar para o Palácio das duas Torres, obra do Conde Maurício de Nassau, em que os Governadores fazem a sua assistência, me lastimo muito que se haja de entregar ao uso violento e pouco cuidadoso dos soldados, que em pouco tempo reduzirão aquela fábrica a uma total dissolução, mas ainda me lastima mais que, com ela, se arruinará também uma memória que mudamente estava recomendando a posterioridade as ilustres e famosas ações que obraram os Portugueses na Restauração dessa Capitania, (...) mas por nos pouparmos a despeza de dez ou doze mil cruzados, é coisa indigna que se saiba que, por um preço tão vil, nos exponhamos a que se sepulte, na ruína dessas quatro paredes, a glória de toda uma Nação.” In: **Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: uma trajetória**. Brasília: Ministério da Educação e Cultura/IPHAN/Pró-Memória, 1980, p.31.

²⁷ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a Propriedade dos bens Culturais no Estado Democrático de Direito**. Universidade de Fortaleza: Fortaleza, 2008. p. 67.

manifestações individuais de alguns administradores de acordo com suas convicções²⁸.

Em relação ao momento histórico do início do século XX, Daniel Sarmiento expõe que

[...] algumas décadas mais tarde [o autor faz referência ao final do século XIX], sob a influência das ideias marxistas, eclode a Revolução Russa em 1917 e, cerca de 40 anos depois, um terço da humanidade estava vivendo em regimes diretamente derivados do modelo soviético, de apropriação coletiva dos meios de produção. O medo de que processos revolucionários semelhantes pudessem acontecer nos países do capitalismo evoluído, certamente diminuiu as resistências na transição do Estado Liberal para o *Welfare State*.

Por outro lado, a extensão paulatina do direito de sufrágio a parcelas cada vez mais amplas da população acabava permitindo que demandas por mudanças no *status quo* também viessem à tona no universo normativo. A democratização política rompera a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abrindo caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos extratos mais desfavorecidos da população. Surge então, na virada para o século XIX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.). Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919²⁹.

Encontramos tão somente no século XX outras demonstrações com a intenção de criar formas de proteção jurídica ao patrimônio cultural, a partir da década de trinta. Vale mencionar que alguns fatos tiveram influencia para que, finalmente, em 1937 fomos apresentados ao Decreto-Lei nº 25, que veio a incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro a proteção aos bens culturais. São eles, por exemplo, a Semana da Arte Moderna de 1922, a revolução de 30, o Estado-novo de 1937 e a passagem do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social – com menção às Constituições de Weimar e Mexicana.

²⁸ “Apesar do interesse do Imperador D. Pedro II pelos estudos históricos, durante seu reinado nenhuma providencia foi tomada para organizar efetivamente a proteção aos monumentos nacionais. Na Monarquia, e mesmo depois do advento da República, alguns escritores sensíveis aos problema, (...) encareciam a necessidade de medidas para a proteção do patrimônio, mas não alcançaram maiores resultados. ” **In: Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: uma trajetória.** Brasília: Ministério da Educação e Cultura/IPHAN/Pró-Memória, 1980, p. 9.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33

A Semana da Arte Moderna de 1922, ocorreu nos meses finais do governo do Presidente Epitácio Pessoa e marcou o modernismo no Brasil. Este movimento antropofágico composto por artistas e intelectuais buscou apreciar o que era nacional, de modo que, concomitantemente à inspiração das manifestações artísticas estrangeiras, deveríamos apreciar a multiplicidade da cultura nacional, conforme defende Oswald de Andrade em seu famoso Manifesto Pau-Brasil. Ainda em 1922 temos a publicação do Decreto 15.596 que cria o Museu Histórico Nacional, entretanto, com uma visão rasa do patrimônio cultural, visto a preservação limitada a alguns bens específicos³⁰. Dentre as personalidades envolvidas na Semana de 22 está Mario de Andrade, que mais tarde – em 1936 – apresenta um Anteprojeto do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional encomendado pelo então Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema. Este anteprojeto é avançado para sua época e apresentava, por exemplo, proteção aos bens culturais imateriais. Carlos Frederico Marés de Souza Filho destaca que

[...] a nova Constituição Brasileira, de 1988, foi muito mais profunda do que todas as outras e dispensou uma seção inteira aos bens culturais e à cultura. (...) A cultura protegida é a praticada, criada e representativa das mais diversas camadas da população, o que, em termos sociológicos, é o povo. Nesta nova conceituação, a cultura brasileira passou a ser considerada com valores muito próximos aos idealizados por Mário de Andrade no começo do século. Poderíamos dizer que há no texto constitucional forte influência do movimento modernista, sessenta e seis anos depois.³¹

Na década de 20 houve (em 1924) a elaboração de um anteprojeto por parte do jurista Jair Lins, que nunca chegou a tramitar no Congresso. Tal anteprojeto era dotado de forte tendência civilista, e, portanto, raciocinado a partir de institutos de direito privado. O foco não era exatamente colocado

³⁰ Art. 1º O Museu Histórico Nacional, dependente do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, terá por fim recolher, classificar e expor ao público objectos de importância histórica, principalmente os que forem relativos ao Brasil, e concorrer por meio de cursos, conferencias, comemorações e publicações para o conhecimento da história patria e o culto das nossas tradições.

Art. 2º Em duas secções se dividirá o Museu, a primeira das quaes formada de objectos históricos em geral e a segunda de moedas, medalhas, sellos e peças similares.

§ 1º Serão conservados em cada secção, constituindo um arquivo especial, os documentos que acompanharem os objectos adquiridos e comprovarem a sua authenticity ou lhes disserem respeito. § 2º Serão annexadas a 1ª secção uma bibliotheca especial de história universal, particularmente do Brasil, e de archeologia e história da arte, e á 2ª uma bibliotheca especial de numismatica, sigillographia e philatelia.

³¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 48.

sobre a intervenção estatal no direito do proprietário, e sim sobre a catalogação do patrimônio cultural além do direito de preferência do Estado em caso de transação onerosa, havendo apenas a responsabilidade de não demolir, reparar ou consertar sem autorização estatal.

Nesta inércia da União em legislar a respeito da preservação e proteção ao patrimônio cultural, alguns Estados começaram a tomarem atitudes a esse respeito, como Bahia e Pernambuco (em 1927 e 1928, respectivamente), que criaram a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais. Todavia, diante do silêncio em âmbito nacional, essa proteção era muito reduzida.

Na década de seguinte, em relação à Revolução de 30 devemos lembrar que o governo provisório “assumiu não só o Poder Executivo como o Legislativo, ao dissolver o Congresso Nacional”³². Desta maneira, o projeto nº 230/1930 do deputado José Wanderley de Araújo Pinho “estabelecia a forma e o processo de catalogação e foi apreciado pela Comissão de Justiça e de Finanças, mas foi surpreendido a meio curso pela Revolução de 30 que dissolveu o Congresso e engavetou o projeto”³³. Esse projeto garantia à União, Estados e Municípios a desapropriação de coisas móveis e imóveis catalogados a partir de indenização.

Em 1937, durante o governo de Getúlio Vargas, foi novamente elaborado um projeto de lei com a intenção de resguardar o patrimônio cultural brasileiro. Escrito desta vez pelo já mencionado Gustavo Capanema, o anteprojeto sofreu, assim como nas tentativas anteriores, influência do momento político vivido pelo país. Sua votação era prevista para o dia 10 de novembro de 1937. Neste dia, descreve o historiador Boris Fausto que

[...] tropas da polícia militar cercaram o congresso e impediram a entrada dos congressistas. (...) À noite, Getúlio anunciou uma nova fase política e a entrada em vigor de uma Carta constitucional, elaborada por Francisco Campos. Era o início do Estado Novo.³⁴

³² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. 13. Ed., 1 reimp. P. 333.

³³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 43.

³⁴ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. 13. Ed., 1 reimp. p. 364.

No Estado-Novo Getúlio Vargas passou a governar elaborando Decretos-Lei e o Decreto-Lei nº25/37 é editado e passa a organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Vale ressaltar, que o texto constitucional de 1937 também trazia maior proteção ao patrimônio que a Constituição de 1934.

Em relação ao longo período que se sucedeu na preservação da cultura, temos que a forma foi eleita a principal característica para a preservação, e apenas mais recentemente – em especial pós Constituição de 1988 -, apontou-se um cuidado em relação a uma identidade nacional absolutamente inclusiva. Sobre a antiga mentalidade, Joaquim Falcão destaca que

[...] o levantamento sobre a origem social do monumento tombado indica tratar-se de: a) monumento vinculado à experiência vitoriosa da etnia branca; b) monumento vinculado á experiência vitoriosa da religião católica; c) monumento vinculado á experiência vitoriosa do Estado (palácios, fortes, fóruns, etc) e na sociedade (sedes de grandes fazendas, sobrados urbanos, etc) da elite política e econômica do país.³⁵

Desta feita, observamos que através da evolução histórica demonstrada a importância do patrimônio cultural foi percebida apenas recentemente pelo legislador. Assim, entra no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de cuidados específicos quanto aos bens culturais somente no século XX, a partir da influência de intelectuais da época.

Conforme análise feita acima, o patrimônio cultural ganhou notoriedade apenas no início do século passado, de modo que os cuidados a ele garantidos estão em evolução e adequação à realidade desde a entrada em matéria constitucional ocorrida em 1934, e, a partir de então, nunca mais deixou de integrar as Constituições brasileiras – e ganhando cada vez mais espaço.

3.2. Evolução constitucional

³⁵ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a Propriedade dos bens Culturais no Estado Democrático de Direito**. Universidade de Fortaleza: Fortaleza, 2008. p. 81.

Nosso estudo da evolução do tratamento dado pelo constitucionalismo pátrio aos bens culturais tem como marco inicial a Constituição de 1934. Isso porque antes de referido texto constitucional tanto a Constituição Imperial de 1824 quanto a nossa primeira Constituição Republicana de 1891 se quedaram absolutamente silentes em relação ao *patrimônio cultural*, o que pode ser, em certa medida, justificado pelo momento histórico em que ambas se inseriam.

3.2.1. Constituição de 1934

O Decreto-Lei nº 25/37, escrito em 1936 conforme explicação prévia, possuiu como base o texto constitucional de 1934, já influenciado pelo Estado do Bem-Estar Social, pela Constituição de Weimar e pela Constituição Mexicana. Esta Constituição trouxe, pela primeira vez, a intenção de preservar monumentos de valor histórico ou artístico e belezas naturais, nos artigos 10³⁶ e 148³⁷. Destaca-se, ainda, a utilização do termo *patrimônio artístico*, utilizado apenas nessa Constituição e no Decreto-Lei nº 25/37³⁸.

3.2.2. Constituição de 1937

Este novo texto constitucional avança e equipara a crime contra o patrimônio nacional os atentados contra monumentos artísticos, históricos ou naturais, além de paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza³⁹, sendo que, dessa maneira, ampliou em relação à Constituição de 1934 a proteção ao patrimônio cultural.

³⁶ Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

³⁷ Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

³⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 45.

³⁹ Art 134 - Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Conforme apreende-se do texto, estende-se aos Municípios o dever de preservar o patrimônio cultural. Diferencia-se também por adotar novos termos, dotados de maior precisão e mais atuais. Trata-se patrimônio cultural agora monumentos históricos, artísticos e naturais, paisagens e locais particularmente dotados pela natureza estariam no rol daqueles dignos de proteção, sendo que os termos da Constituição anterior trazia belezas naturais ou locais particularmente dotados pela natureza.

3.2.3. Constituição de 1946

Lemos em seu artigo 174 que “o amparo à cultura é dever do Estado”⁴⁰. A mesma responsabilidade do Estado é evidenciada no artigo 175⁴¹, o qual expõe que os bens culturais ficarão sob proteção do Poder Público. Novamente conseguimos observar um avanço, vez que, a partir dela, é afirmado pela primeira vez o dever do amparo à cultura e de proteção do poder público.

Os bens considerados culturais citados são novamente alterados: se na Constituição de 1934 eram patrimônio cultural os ‘monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza’, na Constituição de 1946 utilizaram-se os termos ‘obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza’, havendo, portanto, expansão ao incluir obras e documentos.

3.2.4. Constituição de 1967

⁴⁰ Art 174 - O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único - A lei promoverá a criação de institutos de pesquisas, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior.

⁴¹ Art 175 - As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público.

O artigo 172⁴², referente à proteção cultural na Constituição de 1967, é a referência aos bens culturais neste texto que foi elaborado durante o período da Ditadura Militar (1964-1985). Ressalta-se que em 1961 tivemos a Lei dos Sambaquis, e esta trouxe proteção às jazidas arqueológicas ou pré-históricas. Consequentemente a Constituição de 1967 foi influenciada pela referida lei, tendo, portanto como contribuição “acrescentar a proteção aos sítios arqueológicos, que são uma especialidade das obras ou monumentos históricos”⁴³. Trata-se de um avanço no texto constitucional esta inclusão.

3.2.5. Constituição de 1988

Apreendemos em seu artigo 216⁴⁴ o desenho mais amplo da história constitucional nacional do que seria patrimônio cultural, de modo que abriga uma seção inteiramente dedicada à cultura (Seção II do Capítulo III “Da Educação, da Cultura e do Desporto”). Inova, ainda, ao incluir os bens culturais imaterias e faz menção a uma identidade nacional: há um enaltecimento da diversidade como próprio fundamento da nossa identidade, de modo que se menciona no texto constitucional, por exemplo, a preservação da cultura dos quilombos e - embora não na seção dedicada à cultura – dos índios⁴⁵. Outro

⁴² Art 172 - O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

⁴³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 48.

⁴⁴ Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

⁴⁵ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma

realce fica na inclusão de formas diversas de proteção além do tombamento⁴⁶, como o inventário, o registro, a vigilância e a desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação. Em linhas gerais, o texto constitucional vigente representa um avanço em relação às normas de proteção⁴⁷, consolidando o termo *Patrimônio Cultural*, de maneira divergente em relação às constituições anteriores.

da lei. § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

⁴⁶ Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. § 6º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

⁴⁷ "A Constituição de 1988 traz avanços importantes. Apreendendo as linhas do cenário nacional, acolhe as conquistas políticas e o progresso empreendido pelo direito ordinário, além de consagrar novidades, e, mesmo sem uma perfeita interpretação das tendências mundiais verificadas a partir da Perestroika, de Gorbachev, e dos grandes programas de modernização (de Deng Xiaoping), apropria idéias relevantes. Altera a repartição de competências, fortalece o poder de intervenção estatal sobre a propriedade e dá densidade e consequência ao princípio da função social. No campo da administração, porém, a Carta retrata uma errônea visão da burocracia estatal, de um corpo coerente, adaptado ao espaço a ele reservado nos dias atuais, em toda sua extensão, e dotado de autonomia orgânica e funcional. Uma máquina pacificada sob as luzes de nobilíssimos princípios e revitalizada de suas múltiplas escleroses pelas diretrizes de participação, de inspiração democrática, como se aquela estivesse infensa à crise geral de identidade do setor público e à crítica universal à gestão administrativa, em especial. Concebe formalmente uma identidade democrática, mas mantém intocável a filosofia autoritária de resistência, de burocratismo, de formalismo; projeta uma imagem de administração mediadora, não obstante guarde resíduos de centralismo e de unilateralidade decisória do poder público." In. PIRES, Maria Coeli Simoes. **Política Pública de cultura: algumas**

3.3. Evolução histórica das leis federais

A breve exposição a seguir quanto às leis federais que merecem destaque será acompanhada pela inclusão, ao final, destas legislações específicas. O rol apresentado adiante, contudo, não trará todas as leis, destacando somente as mais importantes.

Menciona-se, todavia, algumas outras leis mais recentes que também tratam da proteção ao patrimônio cultural. A Lei 6.292/75 complementa o Decreto-Lei 25/37 ao assegurar ao Ministério de Estado da Educação e Cultura a homologação dos tombamentos pretendidos pelo IPHAN. Também o Decreto nº 5.753/06, que promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial adotada em Paris, cujas principais finalidades são a salvaguarda do patrimônio cultural, respeito às individualidades dos grupos, comunidades e indivíduos, a conscientização – local, nacional e internacional -, e a cooperação e assistência internacional.

Outras leis federais tratam de matérias cuja importância não é relevante para o presente trabalho, trazendo, por exemplo, normas quanto à estrutura regimental do IPHAN e declarações de tombamento ou cancelamento destes.

3.3.1. Decreto-Lei nº 25/1937

Conhecido como “Lei de Tombamento”, esse é a primeira legislação federal a tratar do tema do patrimônio cultural. Tal “lei” tem maior destaque, entretanto, pelo fato de ainda estar em vigor nos dias de hoje, mesmo tendo quase um século de existência. Pela maneira pela qual ficou conhecido, fácil imaginar que o principal tema regulado não é exatamente o patrimônio cultural

e sim o instituto do tombamento⁴⁸. Destaca-se que não menciona bens culturais imateriais – ignorados à época. Sobre o tombamento, o assunto será abordado com maior profundidade posteriormente no presente trabalho.

O decreto-lei tem seus méritos por inovar o ordenamento jurídico nacional ao normatizar a proteção ao patrimônio cultural no que tange ao tombamento. Entretanto, conforme análise histórica anterior, não foram feitas intervenções maiores na propriedade particular visto a mentalidade da época. Assim, ao longo do tempo, após sua publicação e através da evolução constitucional, foi-se aprimorando a intervenção estatal no direito de propriedade do particular.

Trata, dentre outros, dos efeitos do tombamento, dos tipos de tombamento, além do procedimento para tal. É justamente por ser tão completo que acabou sendo praticamente copiado por Estados e Municípios para suas legislações quanto ao tombamento.

Finalmente, realçamos que é também neste decreto que está previsto o direito de preferência da União, Estados e Municípios em face da alienação onerosa de bens tombados, conforme artigo 22⁴⁹. Há também disposições

⁴⁸ Conforme pensa Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “o Decreto-Lei 25/37 é um verdadeiro Código de Tombamento de bens culturais” In. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 51.

⁴⁹ Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência. § 1º Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo. § 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impôr a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias. § 3º O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca. § 4º Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação. § 5º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir. § 6º O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de

gerais que tratam, principalmente, do incentivo à preservação de bens culturais através de acordos entre os entes federativos além da criação e manutenção de museus.

3.3.2. Decreto-Lei nº 3.866/1941

O texto do Decreto-Lei nº 3.866/41 possui apenas um artigo, o qual visa garantir ao Presidente da República poderes para cancelar, de ofício ou em grau de recurso, o tombamento de bens previsto no Decreto-Lei nº 25/37. Tal ato do Presidente da República - ao lado da revogação, anulação e tresdestinação – acaba por retirar do bem a proteção específica que antes era garantida pelo tombamento.

3.3.3. Lei nº 3.924/1961

A Lei dos Sambaquis é criada no início da década de 60 e complementa a proteção cultural ao tratar as jazidas arqueológicas ou pré-históricas bens patrimoniais da União. Após a “Lei do Tombamento” é a Lei federal mais marcante do nosso ordenamento jurídico a respeito da proteção ao patrimônio cultural.

De acordo com o professor Marçal Justen Filho hodiernamente:

[...] por força da Constituição de 1988, todas as jazidas arqueológicas ou pré-históricas devem ser reputadas como integradas no domínio público. Mais precisamente, são enquadradas como bens de uso comum, também sujeitos a regime de proteção em face de toda a comunidade ⁵⁰.

adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

A lei ainda trata dos bens culturais em relação à sua exportação – em seu vigésimo artigo⁵¹ -, declarando a proibição de remessa para o exterior de bens de interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico sem liberação expressa, qual seja, guia de liberação da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

A lei declara a proteção às jazidas em seu artigo 7º⁵², no qual estas são consideradas bens patrimoniais da União, trazendo ainda diversos sinônimos para as jazidas, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e ainda outras que não estejam nesta lista. Inclui também nesta proteção os bens de natureza arqueológica ou pré-histórica que ainda não tenham sido descobertos⁵³. Além disso, define que as jazidas são propriedade distinta do solo⁵⁴.

Outro ponto da lei é a proibição do aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, sendo punidos os infratores por crime contra o Patrimônio Nacional. Entretanto poderá ser concedida permissão para realizar escavações para fins arqueológicos, em terras de domínio público ou particular, conforme o artigo 8º⁵⁵.

3.3.4. Lei 4.845/1965

⁵¹ Art 20. : Nenhum objeto que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, constante de uma "guia" de liberação na qual serão devidamente especificados os objetos a serem transferidos.

⁵² Art 7º As jazidas arqueológicas ou pré-históricas de qualquer natureza, não manifestadas e registradas na forma dos arts. 4º e 6º desta lei, são consideradas, para todos os efeitos bens patrimoniais da União.

⁵³ Art 17. A posse e a salvaguarda dos bens de natureza arqueológica ou pré-histórica constituem, em princípio, direito imanente ao Estado.

Art 18. A descoberta fortuita de quaisquer elementos de interesse arqueológico ou pré-histórico, histórico, artístico ou numismático, deverá ser imediatamente comunicada à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou aos órgãos oficiais autorizados, pelo autor do achado ou pelo proprietário do local onde tiver ocorrido.

⁵⁴ Art. 176 - As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

⁵⁵ Art 8º O direito de realizar escavações para fins arqueológicos, em terras de domínio público ou particular, constitui-se mediante permissão do Governo da União, através da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ficando obrigado a respeitá-lo o proprietário ou possuidor do solo.

Quanto à Lei 4.845/65, esta proíbe a saída para o exterior de obras de arte e ofícios produzidos no país até o fim do período monárquico. Essa proibição tem como consequência uma maior proteção aos bens culturais, visto que a Lei dos Sambaquis proibia essa remessa em outros itens, tendo o rol de bens culturais sujeitos a essa proteção se tornado mais extenso.

3.3.5. Decreto 3.551/2000

Publicado em 4 de agosto de 2000, o Decreto 3.551 trata do registro de Bens Culturais de natureza Imaterial. Foram criados, então, livros específicos para esse registro, não cabendo o registro dos bens de natureza imaterial nos livros do tomo previstos no Decreto-Lei nº 25/37. De acordo com o artigo 1º⁵⁶ serão editados os livros (i) de Saberes, (ii) de Celebrações, (iii) de Formas de Expressão, (iv) de Lugares. Já o artigo seguinte⁵⁷ menciona quais seriam os legitimados para provocar a instauração de processo de registro, quais sejam o Ministro da Cultura, instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal além de sociedades ou associações civis. Posteriormente, após ser produzido um parecer sobre o bom, este será enviado ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

⁵⁶ Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro. § 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros: I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. § 2º A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira. § 3º Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo primeiro deste artigo.

⁵⁷ Art. 2º São partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro: I - o Ministro de Estado da Cultura; II - instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; III - Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal; IV - sociedades ou associações civis.

3.4. O patrimônio cultural em relação aos Estados e Municípios

A atual Carta Constitucional prevê que todos os entes da federação possuem obrigação comum de proteção aos bens de valores histórico e cultural⁵⁸. Prevê também que a competência para legislar sobre a proteção do patrimônio cultural é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal⁵⁹.

Desta feita, enfatizamos o destaque feito por Carlos Frederico Marés de Souza Filho de que

[...] o patrimônio cultural é nacional, quando é referência de cultura nacional, é estadual quando se reporta à cultura estadual, e municipal se a esta unidade se refere, ou ainda internacional se se compõe como patrimônio da humanidade, aceito pelo direito no Brasil⁶⁰.

A importância dessa competência legislativa estadual é, principalmente, a de estabelecer procedimentos e sanções. O Estado do Paraná, por exemplo, possui a Lei 1.211/53, a mais antiga legislação estadual do país em vigor nesse sentido. Entretanto as legislações estaduais não agregam grandes inovações legislativas, vez que normalmente essas leis estaduais são apenas ajustadas a partir do Decreto-Lei nº25/37.

Quanto aos municípios, cabe a previsão constitucional de, por exemplo, através de sua lei orgânica ou em leis (complementar ou ordinária) específicas exercer poder de legislar quanto à proteção dos bens culturais, e, mais notadamente, o tombamento⁶¹.

⁵⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

⁵⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

⁶⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 83.

⁶¹ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Pode ocorrer, entretanto, que determinado município não possua previsão legislativa quanto aos bens culturais e sua respectiva proteção. Ainda assim, não resta o município desobrigado a esta proteção. Conforme Carlos Frederico Marés de Souza Filho,

[...] o poder público está obrigado a proteger os bens culturais legalmente definidos como tais. Assim, não importa qual ente define como cultural um determinado bem, todos são obrigados a protegê-lo, ainda que o considerem desimportante para a esfera de poder que representem. (...) Da mesma forma, com ou sem lei municipal, é direito dos cidadãos exigir a proteção do patrimônio cultural local pelo órgão público municipal, bastando que prove que aquele bem é, de fato, integrante do patrimônio cultural⁶².

Tal afirmação feita pelo autor está prevista em nossa Carta Constitucional, no artigo 30, inciso IX, no qual o município resta obrigado a promover esta proteção em nível local, cumulada ao artigo 23, inciso III, no qual todos os entes, com responsabilidade comum entre eles, são obrigados a observar essa proteção.

Esta previsão constitucional busca promover uma maior proteção aos bens culturais, de modo que não possibilita que ente algum se omita de sua responsabilidade de promover a proteção do patrimônio cultural.

⁶² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e proteção jurídica*. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 92.

4. Os instrumentos de preservação da Constituição da República de 1988.

Ao garantir o direito à cultura, o legislador enumerou alguns instrumentos para que essa proteção seja efetivada pelo poder público. São eles: o inventário, a vigilância, o tombamento e a desapropriação, dentre outras formas de acautelamento e preservação, de acordo com o § 1º do artigo 216⁶³ do texto constitucional vigente. Neste momento, devemos analisar brevemente esses meios de preservação do patrimônio cultural, sendo que se dará atenção especial ao tombamento.

A forma de preservação denominada inventário trata-se de um levantamento dos bens culturais de maneira a termos registrada “uma fonte de conhecimento das referências de identidade de que fala a Constituição em vigor”⁶⁴. Salientamos que não existe lei reguladora a este respeito, de modo que os inventários feitos não seguem um padrão. Ainda assim, sem um padrão, a importância do inventário não deve ser menosprezada, visto que esta forma de registrar os bens poderá servir, por exemplo, como prova em caso de ação civil pública⁶⁵.

A respeito da vigilância prevista, podemos comentar que se trata de maneira encontrada pelo poder público de vigiar o bem, ou seja, de vistoriar o bem quando oportuno de modo a manter certo controle quanto a sua preservação.

O meio de proteção do patrimônio cultural feito através da desapropriação, e, por ocorrer de sua aplicação de maneira por vezes

⁶³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

⁶⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 78.

⁶⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 78.

desviada, observamos duas espécies: a desapropriação – realizada dos termos da legislação vigente - e a desapropriação indireta.

Sobre a desapropriação indireta, importante explicar que

[...] não chega a ser um instituto de direito por ser um mero instrumento processual para forçar o Poder Público a indenizar o ato ilícito, representado pelo desapossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal, que é a desapropriação.⁶⁶

Assim justifica-se a posição de alguns autores de considerar certos tombamentos em verdadeira desapropriação indireta. Tal consideração apresenta efeitos concretos consideráveis, visto que a desapropriação indireta também gera o dever de indenizar, conforme artigo 5º em seu inciso XXIV⁶⁷.

Ademais, quanto à desapropriação legal, devemos citar a “Lei das Desapropriações” – Decreto-Lei n 3.365/41 -, a qual considera desapropriação por utilidade pública, dentre outras, aquela feita objetivando a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos além de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza, conforme seu artigo 5º⁶⁸. Inicia-se mediante declaração expropriatória que declara a utilidade pública do bem em questão, sendo utilizada a discricionariedade do poder público. Após essa declaração, a desapropriação o ente federativo poderá iniciar o procedimento desapropriatório. A indenização – não tratamos aqui da desapropriação rural - deverá ocorrer de acordo com o artigo 182 da Constituição da República, ou seja, será prévia e justa em dinheiro⁶⁹ (ou em títulos especiais da dívida pública, caso seja esta a preferência do expropriado de acordo com Robinson

⁶⁶ HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. P. 209.

⁶⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

⁶⁸ Art. 5º: Consideram-se casos de utilidade pública: I) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza. II) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico.

⁶⁹ Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Casseb⁷⁰). Pode ocorrer também a desapropriação amigável, quando houver concordância quanto ao valor da indenização.

4.1. O Tombamento

Ao pensarmos em preservação do patrimônio cultural é quase que imediata a ligação ao instituto do tombamento. Essa expressão é comumente utilizada no Brasil e em Portugal tendo em vista a inscrição do bem no livro do Tombo, tornando aquele submetido a um regime especial de propriedade.

Sua origem legal no Brasil ocorre em 1937, com a publicação do Decreto-Lei nº25/37, sendo de vital importância em diversos setores do Direito Público. Convém lembrar que, embora vulgarmente seja pensado como proteção exclusiva aos bens imóveis, pode ocorrer em relação aos bens móveis também, além dos materiais ou imateriais. Embora de modo mais regular seja feito através de ato emanado do Poder Executivo, cabe também medida via Poder Judiciário ou Poder Legislativo. A seguir, detalharemos esse instituto, visto seu valor perante os outros meios de proteção do patrimônio cultural.

4.1.1. Definição legal de tombamento

O tombamento é o ato pelo qual se inscreve o bem no chamado livro do Tombo. Para cada bem específico, há um livro adequado, conforme explicitado na Lei do Tombamento (Decreto-Lei nº25/37)⁷¹: (i) no Livro do

⁷⁰ “O pagamento em títulos especiais de dívida pública é faculdade outorgada ao expropriado em recebe-lo, quando se tratar de imóveis urbanos” In: CASSEB, Robinson. **A desapropriação e a intervenção na propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1983. P. 8.

⁷¹ Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber: 1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º. 2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica; 3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita,

Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico serão inscritos os bens relacionados às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, além dos monumentos naturais e sítios e passagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana, conforme §2º do artigo 1º da mesma lei. (ii) No Livro do Tombo Histórico ficarão inscritos obras de arte e objetos de interesse histórico. (iii) No Livro do Tombo das Belas Artes encontraremos a inscrição de coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira e, finalmente, (iv) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluam na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

4.1.2. Quanto à discricionariedade do ato

Uma questão polêmica reside na discussão se o ato de tombamento é vinculado ou discricionário. Parece razoável entender que a natureza do ato dependerá da situação em que este se coloca perante o poder público. Em outras palavras, a situação fática do bem em questão é que determina haver discricionariedade ou não por parte do poder público para que se proceda ao tombamento. Assim, se houver, por exemplo, risco de destruição do bem, o ato será vinculado. Somamos a esse aspecto a visão de Antonio A. Queiroz Mello e outros doutrinadores que, ao observar o início do tombamento a partir de um parecer, afirmam

[...] considerando-se parecer ato administrativo e, iniciando-se o *tombamento* através dele, poderíamos concluir, preliminarmente, pela sua natureza vinculada, pois é dever da Administração Pública, originado do art. 216, da Constituição emití-lo, caso sejam verificados os pressupostos preconizados na legislação específica, decreto-lei 25/37.⁷²

Caso contrário, estaremos diante de um ato discricionário⁷³. Ou seja, havendo dúvida objetiva sobre a necessidade de proteção do bem que constitui

nacional ou estrangeira; 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluam na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

⁷² TELLES, Antonio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 74.

⁷³ “Há situações em que este risco não se apresenta com tal clareza e pode haver dúvida quanto a sua real existência. Nestes casos, fica difícil para a cidadania provocar o poder público e sua ação. Sempre existe a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário ou mesmo ao

patrimônio cultural, não há como se impor conduta ao administrador público, a não ser que por imposição legislativa ou judicial.

4.1.3. Quanto à situação jurídica do ato

Outro tema diz respeito ao caráter do ato de tombar, sendo dividida a doutrina entre ato declaratório e ato constitutivo. Autores como José Cretella Junior e José Afonso da Silva adotam a posição de ser um ato constitutivo⁷⁴. A esse respeito, entretanto, destaca-se que a Constituição federal de 1988 é um marco visto que traz acentuadamente um caráter declaratório em relação a determinados bens. Nesse sentido,

[...] a Constituição de 1988 não apenas determina o tombamento de determinados bens, mas conceitua o patrimônio cultural brasileiro desvinculando-o do ato administrativo de tombamento. As constituições anteriores determinavam ao Poder Público a obrigação de proteger o patrimônio cultural, mas não o definia. A lei de 1937 o fez, dizendo que eram bens inscritos no livro do tombo. A norma constitucional vigente define o que é patrimônio cultural e não o vincula ao tombamento. Esta é uma diferença jurídica fundamental.⁷⁵

Carlos Frederico Marés de Souza Filho expõe que ao considerarmos ser um ato declaratório o bem já era considerado, seja por dispositivo constitucional ou legal, um bem cultural, sendo apenas declarado o instituto do tombamento como proteção sobre ele, não interferindo, entretanto, na sua classificação quanto à bem cultural.

4.1.4. Quanto à natureza jurídica

Poder Legislativo para a proteção do bem. No primeiro caso, todo o problema reside na prova que se possa fazer do risco em que se encontra o bem. No segundo, a ação é política e, portanto, depende da correlação de forças dos interesses em confronto.” In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 66.

⁷⁴ Conforme José Cretella Júnior o tombamento é “ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo” In: CRETELLA JUNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 120, abr/jun, 1973. Já José Afonso da Silva afirma que “o tombamento, em qualquer caso, é ato constitutivo”. In: SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ed. São Paulo: Editora Malheiros.

⁷⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 64.

Registra-se, ainda, a discussão doutrinária em relação à classificação quanto ao tombamento e sua natureza jurídica. Para Celso Antonio Bandeira de Mello trata-se de uma servidão administrativa. Desta feita, indenizável. O autor defende que não se trata de limitação administrativa à propriedade afirmando que:

[...] enquanto, por meio das limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração para que se mantenha *dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito*, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito. Ou seja, a compostura do direito, legalmente definida, vem a sofrer uma compressão em nome do interesse público a ser extraído do bem sujeito à servidão ⁷⁶.

Antônio A. Queiroz Telles apresenta visão divergente, considerando o tombamento um ônus real ou algo no âmbito da limitação administrativa⁷⁷.

Entre os que defendem se tratar de uma limitação administrativa, temos, por exemplo, a afirmação de Odete Medauar que entende que

[...] as limitações administrativas abrangem as restrições que afetam o caráter absoluto do direito de propriedade; a ocupação temporária, a requisição, a servidão, que atingem o caráter exclusivo; e a desapropriação, incidente sobre o caráter perpétuo⁷⁸.

Marçal Justen Filho defende haver sobre o tombamento um regime jurídico específico, de modo que ocorre “o afastamento de algumas regras próprias ao domínio privado” ⁷⁹ e, ainda, completa que nem sempre irá ensejar o pagamento de indenização. Desta feita, não se encaixa em limitação administrativa nem em servidão administrativa.

Defende ser uma restrição parcial Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmando que

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 20 ed., 2006. p. 862, grifos conforme original.

⁷⁷ “Assim, sem embargo da autoridade dos juristas que, peremptoriamente, sustentam ser o *tombamento* servidão administrativa, é preciso distinguir que a natureza desta, incontestavelmente, é a de ônus real. Sua incidência é sempre sobre o próprio bem – a propriedade-, nunca sobre o direito do proprietário. O *tombamento*, diante dessa apreciação, poderia alijar-se melhor no âmbito das limitações administrativas pois que, como já se disse, importa incisivamente, na fixação de restrições ao direito de propriedade.” In. TELLES, Antonio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p 42.

⁷⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 10 ed. rev., atual. e ampl., 2006. p. 343.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**. 6ed. Ver. E atual. Belo Horizonte: Forum, 2010. P. 605.

[...] tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito à indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.⁸⁰

Ainda segundo a autora, caso ocorra um impedimento total ao particular sobre seus direitos de propriedade o poder público deverá proceder à desapropriação.

Lúcia Valle Figueiredo possui uma visão bastante particular a esse respeito⁸¹, e explica que

[...] o tombamento, além do fato administrativo – ato de inscrever – e de seus efeitos jurídicos decorrentes de ser ato constitutivo -, nada inova no que tange ao regime jurídico das indenizações. É dizer: ou estaremos diante da figura jurídica da expropriação, ou da servidão administrativa, com ou sem indenização.⁸²

Desta feita, a autora defende que a definição do tombamento não é imediata, dependendo ser feita análise da intervenção imposta pelo poder público ao direito de propriedade do proprietário.

Esta visão é compartilhada por Romeu Felipe Bacellar Filho, que resume da seguinte forma:

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 139.

⁸¹ A autora adota um posicionamento amplo, exemplificando três situações diferentes: “a) o bem fica, mercê do tombamento, totalmente inútil ao particular que, a par das obrigações de não fazer, deverá arcar com as de fazer. É bem verdade que, nos termos do Decreto-Lei 25, de 30.11.1937, art. 19, se o proprietário não possuir recursos para as obras de reparação ou conservação, levando tal fato ao conhecimento do “Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Natural”, este poderá optar entre a consecução das obras necessárias ou a desapropriação da coisa; b) a segunda hipótese consiste na possibilidade de o bem tombado ficar com sua utilização apenas parcialmente reduzida; c) e, finalmente, pode nenhum prejuízo ocorrer ao proprietário pelo tombamento. Examinando as consequências de cada uma das situações colocadas, chegamos às conclusões seguintes: 1. Se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, mercê do tombamento, por agredir esta situação o dispositivo constitucional de ampla proteção á propriedade (art. 5º, inciso XXII), somente com “restrições” ali apostas, entendemos configurar-se autêntico caso de desapropriação – na hipótese, “desapropriação indireta”, que se resolveria com a indenização correspondente. 2. Se a propriedade privada tiver diminuída sua possibilidade de utilização, deverá o Poder Público constituir uma servidão, indenizando o proprietário na proporção em que este for atingido pela medida do tombamento. Neste caso, estaremos diante de verdadeira servidão administrativa, ou seja, de suas consequências. 3. Por derradeiro, cumpre enfrentar a terceira hipótese levantada – o tombamento do bem não prejudicou seu proprietário nada haverá a indenizar. Será, ao nosso ver, sem dúvida, ainda q a figura da servidão administrativa, porém não indenizável por ausência de prejuízo.” In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 6ed., 2003. p. 300.

⁸² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 6ed., 2003. p. 300.

[...] o tombamento, uma vez que restringe à livre disposição sobre o bem, pode ocasionar o pagamento de indenização aos particular, principalmente se este demonstrar os prejuízos que o ato lhe traz. Compensação apropriada seria o auxílio financeiro na manutenção da coisa e isenção de tributos referentes ao bem tombado⁸³.

Assim, o tombamento seria ou uma desapropriação ou uma servidão administrativa conforme exposto por Lucia Valle Figueiredo e Romeu Felipe Bacellar Filho, e a nosso ver é a visão mais correta a esse respeito.

4.1.5. Quanto à classificação enquanto ato ou procedimento

Registra-se respeito da classificação do ato pelo qual será feito o tombamento a divergência já praticamente superada hodiernamente: trata-se de ato administrativo, de ato legislativo ou de procedimento administrativo.

Primeiramente, começamos por mencionar o que pensam aqueles que defendem de que se trata de um ato administrativo. Marçal Justen Filho afirma tratar-se de “ato administrativo unilateral de cunho singular”⁸⁴. Complementa Antonio A. Queiroz Telles que “a expressão da vontade da Administração Pública, no sentido da preservação de um bem, pelos motivos arrolados na legislação específica, se materializa mediante ato administrativo”⁸⁵. Considerando um ato administrativo, devemos atentar ainda para os requisitos do ato administrativo, especialmente, neste caso, a finalidade, o mérito para o tombamento. Assim, a análise feita pelo Conselho Consultivo será de suma importância para justificar o ato administrativo.

Se considerarmos ato legislativo, devemos lidar a partir de duas vertentes: ato legislativo que irá proteger uma espécie de bens – vale dizer, inúmeros -, ou bens específicos – ou seja, determinado e individualizado concretamente. A ocorrência do primeiro caso pode ser vista na Lei dos Sambaquis (Lei 3.924/61). Já nas leis que declaram um determinado bem

⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 114.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**. 6ed. Ver. E atual. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 605.

⁸⁵ TELLES, Antonio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 64.

como bem cultural, a Lei 12.301/2010 pode ser utilizada como exemplo⁸⁶, vez que declara o Centro Luiz Gonzaga de Tradições Nordestinas – Feira Nordestina de São Cristóvão Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil. Necessário fazer menção, todavia, que, como ato legislativo, devemos nos atentar para que

[...] em ambos os casos, será necessário que a lei, ao estabelecer a preservação de forma direta, o faça ao menos para categorias de bens das quais se possa inferir a legitimidade desta distinção em relação aos demais.⁸⁷

Quanto aos que defendem tratar-se de procedimento administrativo temos de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro que se trata de “procedimento administrativo, porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo”⁸⁸.

A posição de entender como procedimento administrativo é compartilhada por José Roberto Pimenta Oliveira que explica

[...] deve o tombamento ser conceituado como o *procedimento administrativo* estabelecido em lei para que, no exercício da função administrativa, seja reconhecido o valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens públicos ou privados, merecedores de tutela especial da ordem jurídica em razão do valor que encarnam para a coletividade. (...) Constitui-se desse modo, em série encadeada de atos e fatos jurídicos, todos inter-relacionados e voltados para a produção de ato final, qual seja, ato declaratório e constitutivo da relação jurídico-administrativa sobre o bem, que, como providência final, demanda a inscrição do bem em um dos livros do Tombo.⁸⁹

A nosso ver, considerar o instituto do tombamento um *procedimento administrativo* é o modo mais acertado de classificação, visto ser conjunto de

⁸⁶ Art. 1º Esta Lei tem como objetivo reconhecer a importância cultural do Centro Luiz Gonzaga de Tradições Nordestinas - Feira Nordestina de São Cristóvão, localizado no Bairro São Cristóvão da cidade do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro, para o circuito turístico brasileiro. Art. 2º Fica o Centro Luiz Gonzaga de Tradições Nordestinas - Feira Nordestina de São Cristóvão constituído como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil para todos os efeitos legais.

⁸⁷ CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação dos bens culturais**. Renovar: Rio de Janeiro, 1991, p. 41.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 139.

⁸⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Atividade Administrativa de Ordenação da Propriedade Privada e Tombamento: Natureza Jurídica e Indenizabilidade*. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca e ZOCKUN, Maurício (coord.). **Intervenções do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 216.

atos jurídicos que culminam no ato do tombamento – na inscrição no livro do Tombo.

4.1.6. Tipos de tombamento e procedimento.

Quanto à forma, o Decreto-Lei nº25/37 enumera quatro tipos de tombamento: o compulsório e o voluntário; o provisório e o definitivo.

As duas primeiras formas, compulsória e voluntária⁹⁰, dizem respeito ao procedimento. O tombamento compulsório tem como ato inicial a notificação do proprietário feita pelo órgão competente do IPHAN, e, no prazo de 15 dias a partir da notificação, ao proprietário será garantido o direito de impugnar o pedido. Conseqüentemente, é de fácil visualização que o tombamento voluntário ocorrerá quando houver uma das situações seguintes: a anuência do proprietário ao não se manifestar no prazo legal, caso em que um simples despacho terá o poder de tombar o bem; ou quando a iniciativa do tombamento partir não do órgão competente e sim do proprietário, conforme artigo 7º do Decreto-Lei nº 25/37.

Pode ainda ocorrer o tombamento provisório e o tombamento definitivo, conforme o artigo 10º⁹¹. Quanto ao tombamento provisório, este prima por ser

⁹⁰ Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação. 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo. 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

⁹¹ Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo. Parágrafo

medida cautelar de proteção ao bem, sendo que neste caso o processo ainda não foi encerrado com a conseqüente inscrição do bem no Livro do Tombo. O tombamento definitivo, desta forma, ocorrerá quando o processo tiver sido concluído e o bem inscrito.

4.1.7. Revogação e Anulação do Tombamento

Vem à tona, neste momento, a questão da revogação do tombamento. Se em determinado momento histórico, através de certos agentes públicos dotados de determinada motivação algo é considerado ‘especial’ o suficiente para justificar a utilização do instrumento do tombamento de maneira a protegê-lo e preservá-lo, o raciocínio parece ser de que não necessariamente essa ‘especialidade’ será reconhecidamente justificadora de tal intervenção do Estado de maneira perpétua. Deve-se observar, entretanto, que tal medida, prevista no Decreto-Lei 3.866/41, garante ao Presidente da República o poder de cancelar o tombamento. Assim, vale a crítica de Carlos Augusto A. Machado:

[...] a partir do momento em que um órgão colegiado técnico reconhece e atesta que determinado bem deve ser tombado por ser detentor de um valor histórico ou artístico, não poderá o Presidente da república, mesmo fundamentado no decreto-lei, sobrepor-se a algo que o texto constitucional assegura como um valor seu. Esse é o nosso ponto de vista. Não há discricionariedade e, sim, inconstitucionalidade do decreto-lei 3.866, de 29 de novembro de 1941.⁹²

Após estas considerações iniciais, questiona-se: Qual a medida que deve ser tomada pelo poder público quando se tornar desnecessária a intervenção pela aplicação da medida do tombamento?

A resposta, de acordo com Antonio A. Queiroz Telles, deve ocorrer nesse caso a *tresdestinação*. Sobre este instituto, José Cretella Junior explica que é

[...] ato administrativo ou constante da lei, pelo qual se desveste de sua destinação pública o bem público para fazê-lo voltar à categoria de propriedade privada do Estado. Operada a *tresdestinação*,

único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.

⁹² MACHADO, Carlos Augusto A. **Tombamento, um Instituto Jurídico**. Temas de Direito Urbanístico I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 36.

conforme a lei, o bem público, que se achava nas classe I (de uso comum) ou II, (de uso especial) é transferido para a classe III, (dominical ou bem privado, ou bem patrimonial privado do Estado) e, nesse caso, agora tresdestinado, degradado, desclassificado, passa a ser suscetível de ser alienado, mediante o procedimento prévio de licitação”.⁹³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro complementa que a tresdestinação, também chamada de retrocessão, deverá ocorrer quando houver desvio de poder, ou seja, finalidade que não seja o interesse público ⁹⁴.

Quanto à anulação, importante diferenciá-la da revogação. Antonio A. Queiroz Telles explica que, conforme lição pacífica no Direito Administrativo, utilizamo-nos da revogação quando for conveniente ou oportuno para o Estado retirar do mundo jurídico determinado ato. Assim, o ato revogado será proveniente de discricionariedade do agente público encarregado. Já a anulação procura também retirar do mundo jurídico determinado ato, havendo, entretanto, diferente justificativa, qual seja a constatação da ilegalidade do ato⁹⁵, e que sua origem tenha sido a partir de vinculação em lei. Vale ainda a ressalva de Lúcia Valle Figueiredo ao afirmar que “somente poderão ser revogados ou invalidados atos já perfeitos. Os outros, ainda imperfeitos, apenas são passíveis de mera retirada, que visará a impedir sua entrada no ordenamento jurídico” ⁹⁶. Assim, além do cancelamento do ato pelo Presidente da República conforme previsão em lei, poderá ser tomada também medida de anulação, revogação e tresdestinação.

4.2. Das medidas de proteção através do Poder Judiciário

⁹³ CRETELLA JR., José. **Dicionário de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 3 ed, 1978. p. 521.

⁹⁴ “A retrocessão cabe quando o Poder Público não dê ao imóvel a utilização para a qual se fez a desapropriação, estando pacífica na jurisprudência a tese de que o expropriado não pode fazer valer o seu direito quando o expropriante de ao imóvel uma destinação pública diversa daquela mencionada no ato expropriatório; por outras palavras, desde que o imóvel seja utilizado para um fim público qualquer, ainda que não o especificado originariamente, não ocorre o direito de retrocessão. Este só é possível em caso de desvio de poder (finalidade contrária ao interesse público, como, por exemplo, perseguição ou favoritismo a pessoas determinadas)[...]” In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 188.

⁹⁵ TELLES, Antonio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 86.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 6ed., 2003.

4.2.1. A Ação Popular

A Constituição da República de 1988 enumera vários direitos e garantias fundamentais. Notadamente, o artigo 5º traz vários incisos nos quais estão expostos os chamados direitos e deveres individuais e coletivos. Um dos incisos diz respeito à ação popular⁹⁷. Assim, temos, além da ação civil pública, a ação popular como instrumentos de defesa do patrimônio cultural, ambos com sede no Poder Judiciário. Vale ainda o destaque de que a previsão da ação popular é antiga, entretanto com o advento da Constituição da República de 1988 esta ação teve sua área de atuação alargada.

Uadi Lamêngo Bulos define que “a ação popular é o instrumento colocado à disposição de qualquer nacional, no pleno gozo de seus direitos políticos, para defender interesses transindividuais, em especial os difusos”⁹⁸. Portanto, conforme o inciso que a prevê, visa a anular ato lesivo – consequentemente, comissivo ou omissivo – ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou cultural. Em outras palavras, “o objeto fundamental da ação popular é o de **anular** atos lesivos aos bens sob tutela, como ecoa no texto constitucional”⁹⁹.

A importância da ação popular está na sua legitimidade. José dos Santos Carvalho Filho define que

[...] a legitimação ativa para a ação popular tem início pela própria Constituição ao consignar que **qualquer cidadão é parte legítima** para promover a demanda. Trata-se, portanto, de legitimação **restrita e condicionada**, porque, de um lado, não é estendida a todas as pessoas, mas somente aos cidadãos e, de outro, porque

⁹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁹⁸ BULOS, Uadi Lamêngo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. 7 ed. p. 388.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. P. 993 (grifos conforme original).

somente comprovada essa condição é que admissível será a legitimidade.¹⁰⁰

Qualquer cidadão poderá propô-la¹⁰¹. Assim, temos que a proteção do patrimônio cultural não será sempre feita apenas através de entes estatais. A União, os Estados membros e os Municípios possuem obrigação quanto à esta proteção, enquanto os cidadãos possuem a faculdade de, através da ação popular, requerer intervenção em determinada situação lesiva ao patrimônio cultural.

Como visa anular ato lesivo, o ato deverá ser ilegal e portanto suscetível à invalidação, além causar lesão aos patrimônio. Dessa maneira, cabe a ressalva feita por Carlos Frederico Marés de Souza filho, que reflete a respeito da ação popular e a ação civil publica ao afirmar que

[...] ambas ações, como se vê, com as limitações que têm, somente podem ser utilizadas quando os bens culturais estejam sendo danificados ou em risco evidente. Falta no sistema jurídico brasileiro uma ação do cidadão para declarar de interesse cultural ou, em geral, de interesse ambiental, bens que assim entender. Aliás, faltam até mesmo meios e procedimentos administrativos à disposição do cidadão para este miste. Algumas poucas leis municipais já admitem a iniciativa do cidadão no processo de tombamento, o que já é um começo¹⁰².

Temos, enfim, que deverá haver lesividade ou o risco dela, inexistindo processo de iniciativa de terceiro para o tombamento. A ação popular e a ação civil pública poderão ser utilizadas apenas no dano ou na eminência de ocorrência deste, ficando a iniciativa de terceiro esquecida pelo legislador, estando apenas o órgão competente legitimado para esta iniciativa ou o próprio particular.

4.2.2. A Ação Civil Pública

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. P. 993 (grifos conforme original).

¹⁰¹ “Em síntese, podemos enumerar aqueles que não podem interpor ação popular: a) pessoas jurídicas (...); b) brasileiros, natos ou naturalizados, que não se alistarem eleitores (...); c) brasileiros, natos ou naturalizados, que tiverem suspensos, ou declaradamente perdidos, seus direitos políticos (...). Aqui uma ressalva, esta prossegue normalmente, sem qualquer obstáculo ou impedimento.” In. BULOS, Uadi Lamêndo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. 7 ed. p. 389.

¹⁰² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 59.

Com a ação civil pública deve-se buscar a proteção do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. De acordo com a Lei 7.374/85, que regula a ação civil pública, são legitimados ativos desta medida o Ministério Público além da Defensoria Pública, A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, a empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação¹⁰³. Ao Ministério Público, inclusive, foi instituído como função promover ação civil pública¹⁰⁴. Esta é, provavelmente, a mais importante das medidas quanto à proteção do patrimônio público, embora não esteja o cidadão comum legitimado para dela dispor e, a este sujeito, cabe a ação popular, cujo estudo será feito em tópico próprio.

Importante destacar que a ação civil pública se presta a reparar o dano causado¹⁰⁵, mas também, e, no que é essencial para o patrimônio cultural, e um instrumento adequado para se buscar a tutela preventiva (inibitória, que tem como fundamento apenas e tão-somente a *ilicitude*) em relação a possíveis violações ao patrimônio cultural.

Isso ocorre pela própria natureza do direito tutelado. Reparação do dano, ligada apenas a uma tutela pelo equivalente monetário (que inexistente quando se trata de *patrimônio cultural*), seria completamente equivocado e dissociado da noção contemporânea de Estado Social e Democrático de Direito e da própria idéia de função social.

4.3. Outras formas de proteção e acautelamento

¹⁰³ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁰⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

¹⁰⁵ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Carlos Frederico Marés de Souza Filho cita outras formas pelas quais o poder público poderá se utilizar para efetivamente colocar em prática a proteção dos bens culturais. Dentre elas, a transferência de potencial construtivo, as leis de zoneamento urbano e os incentivos fiscais.

Sobre a transferência de potencial construtivo verifica-se que a intervenção do Estado limita o direito do proprietário de construir, e, como forma de compensação, este poderá transferir o potencial construtivo bloqueado em relação àquele imóvel para outro, seja de modo oneroso ou não.

Uma das finalidades públicas previstas no Estatuto da Cidade para permissão de transferência do direito de construir – ou para outro terreno do mesmo proprietário ou a terceiros, de forma onerosa – é exatamente a preservação do patrimônio histórico ou cultural. É uma forma importante e mais simples de indenização ao particular por ter seu direito de construir restringido, pois prescinde de cálculos e eventuais discussões judiciais, podendo ser determinada por ato administrativo do Executivo Municipal. Tal solução foi utilizada no chamado Plano de Chicago, no qual foi garantido aos proprietários de bens culturais a alienação do direito de construir, visto que este havia sido limitado¹⁰⁶.

As leis de zoneamento urbano são citadas pelo autor como instrumentos que “desestimulam a especulação imobiliária e incentivam a manutenção das construções antigas. Essas leis têm sido usadas com eficácia em diversas cidades brasileiras para criar zonas de preservação cultural, como no Embu, São Paulo e Curitiba”¹⁰⁷, sendo que essa intervenção é normalmente feita em áreas cujo potencial construtivo é baixo. Maria Coeli Simões Pires complementa criticando o caráter político da medida, vez que ao ser fixado por lei acaba por não ser precedido de apreciação técnica-valorativa. Lembra, entretanto, que este instituto poderá ser utilizado concomitantemente a outros, como o tombamento, podendo configurar importantes limitações nestas áreas cuja proteção ao patrimônio cultural será garantida.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 260

¹⁰⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. UE/Porto Alegre: Porto Alegre, 1997. p. 79.

Por último, temos também os incentivos fiscais oferecidos como maneira de estimular e apoiar a proteção aos bens culturais. As chamadas isenções fiscais – decorrentes de lei¹⁰⁸ – são utilizadas pelos diversos entes federativos.

Municipalmente observamos proeminência quanto ao IPTU – imposto predial e territorial urbano cobrado pelos municípios – e o ISS – imposto sobre serviço. O município de São Paulo, por exemplo, em sua Lei municipal nº 10.923/90 garante o recebimento pelo empreendedor de certificados correspondentes ao valor do incentivo recebido, para então utilizá-los como pagamento de impostos até o limite de 20%¹⁰⁹.

Já na esfera federal existe a Lei 8.313/91, também conhecida como Lei Rouanet. Em seu artigo 18¹¹⁰ lemos que restará facultado ao contribuinte, seja

¹⁰⁸ “Ainda quando prevista em contrato, diz o CTN, a isenção é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração.” In: MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 245.

¹⁰⁹ Art. 1º - Fica instituído, no âmbito do Município de São Paulo, incentivo fiscal para a realização de projetos culturais, a ser concedido a pessoa física ou jurídica domiciliada no Município. 1º - O incentivo fiscal referido no "caput" deste artigo corresponderá ao recebimento, por parte do empreendedor de qualquer projeto cultural no Município, seja através de doação, patrocínio ou investimento, de certificados expedidos pelo Poder Público, correspondentes ao valor do incentivo autorizado pelo Executivo. 2º - Os portadores dos certificados poderão utilizá-los para pagamento dos impostos sobre serviços de qualquer natureza - ISS e sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU, até o limite de 20% (vinte por cento) do valor devido a cada incidência dos tributos. 3º - Para o pagamento referido no parágrafo anterior, o valor de face dos certificados sofrerá desconto de 30% (trinta por cento). 4º - A Câmara Municipal de São Paulo fixará anualmente, o valor que deverá ser usado como incentivo cultural, que não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) nem superior a 5% (cinco por cento) da receita proveniente do ISS e do IPTU. 5º - Para o exercício de 1991, fica estipulada a quantia equivalente a 5% (cinco por cento) da receita proveniente do ISS e do IPTU, excluindo-se o valor destinado ao FUNTRAN.

Art. 2º - São abrangidas por esta lei as seguintes áreas: I - música e dança II - teatro e circo III - cinema, fotografia e vídeo IV - literatura V - artes plásticas, artes gráficas e filatelia VI - folclore e artesanato VII - acervo e patrimônio histórico e cultural, museus e centros culturais. In: Secretaria Municipal de Cultura. Lei de incentivo – Lei municipal nº 10.923. Disponível em <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/cultura/lei_de_incentivo/index.php?p=6>.

Acesso em 23/11/2011.

¹¹⁰ Art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei. § 1º Os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias efetivamente despendidas nos projetos elencados no § 3º, previamente aprovados pelo Ministério da Cultura, nos limites e nas condições estabelecidos na legislação do imposto de renda vigente, na forma de: a) doações; e b) patrocínios. § 2º As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real não poderão

ele pessoa jurídica ou pessoa física, a aplicação de parcela do Imposto de Renda para apoio de projetos culturais assim como contribuições ao Fundo Nacional de Cultura. Tal dedução deverá respeitar a previsão do artigo 26 desta mesma lei¹¹¹, que informa o valor correspondente para dedução – qual seja, para pessoas físicas 80% das doações e 60% dos patrocínios enquanto para as pessoas jurídicas estes percentuais serão 40% e 30% respectivamente.

deduzir o valor da doação ou do patrocínio referido no parágrafo anterior como despesa operacional. § 3º As doações e os patrocínios na produção cultural, a que se refere o § 1º, atenderão exclusivamente aos seguintes segmentos: a) artes cênicas; b) livros de valor artístico, literário ou humanístico; c) música erudita ou instrumental; d) exposições de artes visuais; e) doações de acervos para bibliotecas públicas, museus, arquivos públicos e cinematecas, bem como treinamento de pessoal e aquisição de equipamentos para a manutenção desses acervos; f) produção de obras cinematográficas e videofonográficas de curta e média metragem e preservação e difusão do acervo audiovisual; e g) preservação do patrimônio cultural material e imaterial. h) construção e manutenção de salas de cinema e teatro, que poderão funcionar também como centros culturais comunitários, em Municípios com menos de 100.000 (cem mil) habitantes.

¹¹¹ Art. 26. O doador ou patrocinador poderá deduzir do imposto devido na declaração do Imposto sobre a Renda os valores efetivamente contribuídos em favor de projetos culturais aprovados de acordo com os dispositivos desta Lei, tendo como base os seguintes percentuais: I - no caso das pessoas físicas, oitenta por cento das doações e sessenta por cento dos patrocínios; II - no caso das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, quarenta por cento das doações e trinta por cento dos patrocínios.

Conclusão

De acordo com o que foi apresentado ao longo do estudo aqui exposto, concluímos que a proteção do patrimônio cultural deve ser absolutamente dinâmica, estando em constante evolução. Os instrumentos através dos quais ela é efetivada por parte da Administração, desse modo, também devem passar por um permanente processo de aprimoramento e adequação à realidade de seu tempo.

Tivemos a oportunidade de constatar como a noção de propriedade se alterou no correr da história até chegar à conformação atual, em que sua funcionalização (prevista expressamente no texto constitucional pátrio - art. 5º, XXIII) não pode ser simplesmente ignorada.

Essa funcionalização, por sua vez, está diretamente ligada à presença de outros interesses que passam ser protegidos para além do mero individualismo com raízes no Estado Liberal. Ao se falar nesses outros interesses, constatamos a existência de clara conexão com a noção de patrimônio cultural, elemento dinâmico, de titularidade difusa e constitutivo da identidade de um povo, cujas parcelas elementares (os bens culturais) também foram esmiuçados.

A intervenção a ser feita poderá ocorrer seja o bem cujo proprietário constitua ente de direito público ou um particular cujo bem era tratado a partir de regime de direito privado. A diferença entre os dois casos será meramente quanto ao procedimento para tomar o bem.

Vimos que as características do bem cultural podem variar, e, com elas, variam também os instrumentos utilizados pelo poder público para protegê-lo. Outro aspecto destacado diz respeito ao fato de que a competência para efetuar o tombamento é compartilhada por União, Estados e Municípios.

Tratamos também de explicar as formas de anulação, revogação e tresdestinação do ato do tombamento, tendo em vista a administração primar por atender ao interesse público, e por vezes o tombamento de determinado bem não é mais interessante para a administração.

Discutimos as intervenções possíveis através da provocação do Poder Judiciário, como a ação popular e a ação civil pública. Cada uma dessas possui seus legitimados e situações para aplicação, mas são, sem dúvidas, importantes instrumentos para que a proteção ao patrimônio cultural também possa se originar de fora do Poder Executivo e do Poder Legislativo, seja pela iniciativa popular ou de outros órgãos e entidades.

Listamos, por fim, outros instrumentos que podem ser aplicados de modo a incentivar proteção do patrimônio cultural. Mencionamos a transferência de potencial construtivo, as leis de zoneamento urbano e os incentivos fiscais. Em cada um deles encontramos um modo específico de implementar esse incentivo, estando normalmente destacado o aspecto financeiro para o proprietário, de maneira a não onerá-lo excessivamente - fato que desencorajaria o maior cuidado aos bens culturais.

Fonte bibliográfica

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lamêngo. **Constituição Federal Anotada**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CASSEB, Robinson. **A desapropriação e a intervenção na propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1983.

CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação dos bens culturais**. Renovar: Rio de Janeiro, 1991.

Centro Acadêmico Hugo Simas (org.). **Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea**. Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2008.

CRETELLA JR., José. **Dicionário de Direito Administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea** (*Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Henrique Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto A. **Tombamento, um Instituto Jurídico**. Temas de Direito Urbanístico I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista, 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Política Pública de cultura: algumas condicionantes ideológicas, jurídicas e administrativas e alternativas ideológicas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 129, jan/mar 1996.

PIRES, Luis Manuel Fonseca e ZOCKUN, Maurício (coord.). **Intervenções do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RIBEIRO, Wagner Costa e ZANIRATO, Silvia Helena. O patrimônio Natural sob Proteção. A Construção de um Ordenamento Jurídico. In FUNARI, Pedro Paulo A., Org., PELEGRINI, Sandra C. A., Org., RAMBELLI, Gilson, Org.. **Patrimônio Cultural e Ambiental: Questões legais e conceituais**. São Paulo: Annablume, Fapesp, Campinas, Nepam, 2009.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a Propriedade dos bens Culturais no Estado Democrático de Direito**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: UE/Porto Alegre, 1997.

TELLES, Antonio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

5. Anexos

5.1. Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937 – Lei do Tombamento

Organiza a proteção do patrimônio
histórico e artístico nacional.

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição,

DECRETA:

CAPÍTULO I

DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Art. 2º A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:

1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;

2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;

3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário;

4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;

5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais:

6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

CAPÍTULO II

DO TOMBAMENTO

Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

§ 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.

CAPÍTULO III

DOS EFEITOS DO TOMBAMENTO

Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades.

Parágrafo único. Feita a transferência, dela deve o adquirente dar imediato conhecimento ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 12. A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sofrerá as restrições constantes da presente lei.

Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

Art. 14. A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

§ 1º Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, e até que este se faça.

§ 2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dobro.

§ 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.

Art. 16. No caso de extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o valor da coisa.

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.

Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que fôr julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dôbro em caso de reincidência.

Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

CAPÍTULO IV

DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

§ 1º Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo.

§ 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impôr a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias.

§ 3º O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 4º Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação.

§ 5º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir.

§ 6º O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extraír a carta, enquanto não se esgotar êste prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 23. O Poder Executivo providenciará a realização de acôrdos entre a União e os Estados, para melhor coordenação e desenvolvimento das atividades relativas à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e para a uniformização da legislação estadual complementar sôbre o mesmo assunto.

Art. 24. A União manterá, para a conservação e a exposição de obras históricas e artísticas de sua propriedade, além do Museu Histórico Nacional e do Museu Nacional de Belas Artes, tantos outros museus nacionais quantos se tornarem necessários, devendo outrossim providenciar no sentido de favorecer a instituição de museus estaduais e municipais, com finalidades similares.

Art. 25. O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional procurará entendimentos com as autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas naturais ou jurídicas, com o objetivo de obter a cooperação das mesmas em benefício do patrimônio histórico e artístico nacional.

Art. 26. Os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das coisas históricas e artísticas que possuírem.

Art. 27. Sempre que os agentes de leilões tiverem de vender objetos de natureza idêntica à dos mencionados no artigo anterior, deverão apresentar a respectiva relação ao órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de incidirem na multa de cinquenta por cento sobre o valor dos objetos vendidos.

Art. 28. Nenhum objeto de natureza idêntica à dos referidos no art. 26 desta lei poderá ser posto à venda pelos comerciantes ou agentes de leilões, sem que tenha sido previamente autenticado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou por perito em que o mesmo se louvar, sob pena de multa de cinquenta por cento sobre o valor atribuído ao objeto.

Parágrafo único. A. autenticação do mencionado objeto será feita mediante o pagamento de uma taxa de peritagem de cinco por cento sobre o valor da coisa, se este for inferior ou equivalente a um conto de réis, e de mais cinco mil réis por conto de réis ou fração, que exceder.

Art. 29. O titular do direito de preferência goza de privilégio especial sobre o valor produzido em praça por bens tombados, quanto ao pagamento de multas impostas em virtude de infrações da presente lei.

Parágrafo único. Só terão prioridade sobre o privilégio a que se refere este artigo os créditos inscritos no registro competente, antes do tombamento da coisa pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 30. Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1937, 116º da Independência e 49º da República.

GETULIO VARGAS.

Gustavo Capanema.

5.2. Decreto-Lei nº 3.866 de 29 de novembro de 1941.

Dispõe sobre o tombamento de bens
no Serviço do Patrimônio Histórico e
Artístico Nacional

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição,

decreta:

Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 1941, 120º da Independência e 53º da República.

Getúlio Vargas

Gustavo Capanema

5.3. Lei 3.924 de 26 de julho de 1961 – Lei dos Sambaquis

Dispõe sobre os monumentos
arqueológicos e pré-históricos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art 1º Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que nêles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acôrdo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal.

Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição.

Art 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.

b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;

c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;

d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

Art 3º São proibidos em todo o território nacional, o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas *b*, *c* e *d* do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas.

Art 4º Toda a pessoa, natural ou jurídica que, na data da publicação desta lei, já estiver procedendo, para fins econômicos ou outros, à exploração de jazidas arqueológicas ou pré-históricas, deverá comunicar à Diretoria do Patrimônio Histórico Nacional, dentro de sessenta (60) dias, sob pena de multa de Cr\$10.000,00 a Cr\$50.000,00 (dez mil a cinquenta mil cruzeiros), o exercício dessa atividade, para efeito de exame, registro, fiscalização e salvaguarda do interesse da ciência.

Art 5º Qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos a que se refere o art. 2º desta lei, será considerado crime contra o Patrimônio Nacional e, como tal, punível de acordo com o disposto nas leis penais.

Art 6º As jazidas conhecidas como sambaquis, manifestadas ao governo da União, por intermédio da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o art. 4º e registradas na forma do artigo 27 desta lei, terão precedência para estudo e eventual aproveitamento, em conformidade com o Código de Minas.

Art 7º As jazidas arqueológicas ou pré-históricas de qualquer natureza, não manifestadas e registradas na forma dos arts. 4º e 6º desta lei, são consideradas, para todos os efeitos bens patrimoniais da União.

CAPÍTULO II

Das escavações arqueológicas realizadas por particulares

Art 8º O direito de realizar escavações para fins arqueológicos, em terras de domínio público ou particular, constitui-se mediante permissão do Governo

da União, através da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ficando obrigado a respeitá-lo o proprietário ou possuidor do solo.

Art 9º O pedido de permissão deve ser dirigido à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, acompanhado de indicação exata do local, do vulto e da duração aproximada dos trabalhos a serem executados, da prova de idoneidade técnico-científica e financeira do requerente e do nome do responsável pela realização dos trabalhos.

Parágrafo único. Estando em condomínio a área em que se localiza a jazida, somente poderá requerer a permissão o administrador ou cabecel, eleito na forma do Código Civil.

Art 10. A permissão terá por título uma portaria do Ministro da Educação e Cultura, que será transcrita em livro próprio da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, e na qual ficarão estabelecidas as condições a serem observadas ao desenvolvimento das escavações e estudos.

Art 11. Desde que as escavações e estudos devam ser realizados em terreno que não pertença ao requerente, deverá ser anexado ao seu pedido o consentimento escrito do proprietário do terreno ou de quem esteja em uso e gozo desse direito.

§ 1º As escavações devem ser necessariamente executadas sob a orientação do permissionário, que responderá, civil, penal e administrativamente, pelos prejuízos que causar ao Patrimônio Nacional ou a terceiros.

§ 2º As escavações devem ser realizadas de acordo com as condições estipuladas no instrumento de permissão, não podendo o responsável, sob nenhum pretexto, impedir a inspeção dos trabalhos por delegado especialmente designado pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, quando for julgado conveniente.

§ 3º O permissionário fica obrigado a informar à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, trimestralmente, sobre o andamento das

escavações, salvo a ocorrência de fato excepcional, cuja notificação deverá ser feita imediatamente, para as providências cabíveis.

Art 12. O Ministro da Educação e Cultura poderá cassar a permissão, concedida, uma vez que:

a) não sejam cumpridas as prescrições da presente lei e do instrumento de concessão da licença;

b) sejam suspensos os trabalhos de campo por prazo superior a doze (12) meses, salvo motivo de força maior, devidamente comprovado;

c) no caso de não cumprimento do § 3º do artigo anterior.

Parágrafo único. Em qualquer dos casos acima enumerados, o permissionário não terá direito à indenização alguma pelas despesas que tiver efetuado.

CAPÍTULO III

Das escavações arqueológicas realizadas por instituições, científicas especializadas da União dos Estados e dos Municípios

Art 13. A União, bem como os Estados e Municípios mediante autorização federal, poderão proceder a escavações e pesquisas, no interesse da arqueologia e da pré-história em terrenos de propriedade particular, com exceção das áreas muradas que envolvem construções domiciliares.

Parágrafo único. À falta de acordo amigável com o proprietário da área onde situar-se a jazida, será esta declarada de utilidade pública e autorizada a sua ocupação pelo período necessário à execução dos estudos, nos termos do art. 36 do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Art 14. No caso de ocupação temporária do terreno, para realização de escavações nas jazidas declaradas de utilidade pública, deverá ser lavrado um auto, antes do início dos estudos, no qual se descreva o aspecto exato do local.

§ 1º Terminados os estudos, o local deverá ser restabelecido, sempre que possível, na sua feição primitiva.

§ 2º Em caso de escavações produzirem a destruição de um relêvo qualquer, essa obrigação só terá cabimento quando se comprovar que, dêsse aspecto particular do terreno, resultavam incontestáveis vantagens para o proprietário.

Art 15. Em casos especiais e em face do significado arqueológico excepcional das jazidas, poderá ser promovida a desapropriação do imóvel, ou parte dêle, por utilidade pública, com fundamento no art. 5º, alíneas K e L do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Art 16. Nenhum órgão da administração federal, dos Estados ou dos Municípios, mesmo no caso do art. 28 desta lei, poderá realizar escavações arqueológicas ou pré-históricas, sem prévia comunicação à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, para fins de registro no cadastro de jazidas arqueológicas.

Parágrafo único. Dessa comunicação deve constar, obrigatoriamente, o local, o tipo ou a designação da jazida, o nome do especialista encarregado das escavações, os indícios que determinaram a escolha do local e, posteriormente, uma súmula dos resultados obtidos e do destino do material coletado.

CAPÍTULO IV

Das descobertas fortuitas

Art 17. A posse e a salvaguarda dos bens de natureza arqueológica ou pré-histórica constituem, em princípio, direito imanente ao Estado.

Art 18. A descoberta fortuita de quaisquer elementos de interesse arqueológico ou pré-histórico, histórico, artístico ou numismático, deverá ser imediatamente comunicada à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou aos órgãos oficiais autorizados, pelo autor do achado ou pelo proprietário do local onde tiver ocorrido.

Parágrafo único. O proprietário ou ocupante do imóvel onde se tiver verificado o achado, é responsável pela conservação provisória da coisa descoberta, até pronunciamento e deliberação da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art 19. A infringência da obrigação imposta no artigo anterior implicará na apreensão sumária do achado, sem prejuízo da responsabilidade do inventor pelos danos que vier a causar ao Patrimônio Nacional, em decorrência da omissão.

CAPÍTULO V

Da remessa, para o exterior, de objetos de interesse arqueológico ou pré-histórico, histórico, numismático ou artístico

Art 20. Nenhum objeto que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, constante de uma "guia" de liberação na qual serão devidamente especificados os objetos a serem transferidos.

Art 21. A inobservância da prescrição do artigo anterior implicará na apreensão sumária do objeto a ser transferido, sem prejuízo das demais cominações legais a que estiver sujeito o responsável.

Parágrafo único. O objeto apreendido, razão dêste artigo, será entregue à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

CAPÍTULO VI

Disposições Gerais

Art 22. O aproveitamento econômico das jazidas, objeto desta lei, poderá ser realizado na forma e nas condições prescritas pelo Código de Minas, uma vez concluída a sua exploração científica, mediante parecer favorável da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional ou do órgão oficial autorizado.

Parágrafo único. De tôdas as jazidas será preservada sempre que possível ou conveniente, uma parte significativa, a ser protegida pelos meios convenientes, como blocos testemunhos.

Art 23. O Conselho de Fiscalização das Expedições Artísticas e Científicas encaminhará à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional qualquer pedido de cientista estrangeiro, para realizar escavações arqueológicas ou pré-históricas, no país.

Art 24. Nenhuma autorização de pesquisa ou de lavra para jazidas, de calcáreo de concha, que possua as características de monumentos arqueológicos ou pré-históricos, poderá ser concedida sem audiência prévia da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art 25. A realização de escavações arqueológicas ou pré-históricas, com infringência de qualquer dos dispositivos desta lei, dará lugar à multa de Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros) a Cr\$50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), sem prejuízo de sumária apreensão e conseqüente perda, para o Patrimônio Nacional, de todo o material e equipamento existentes no local.

Art 26. Para melhor execução da presente lei, a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional poderá solicitar a colaboração de órgãos federais, estaduais, municipais, bem como de instituições que tenham, entre os seus objetivos específicos, o estudo e a defesa dos monumentos arqueológicos e pré-históricos.

Art 27. A Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional manterá um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, no qual serão registradas tôdas as jazidas manifestadas, de acôrdo com o disposto nesta lei, bem como das que se tornarem conhecidas por qualquer via.

Art 28. As atribuições conferidas ao Ministério da Educação e Cultura, para o cumprimento desta lei, poderão ser delegadas a qualquer unidade da Federação, que disponha de serviços técnico-administrativos especialmente organizados para a guarda, preservação e estudo das jazidas arqueológicas e

pré-históricas, bem como de recursos suficientes para o custeio e bom andamento dos trabalhos.

Parágrafo único. No caso dêste artigo, o produto das multas aplicadas e apreensões de material legalmente feitas, reverterá em benefício do serviço estadual organizado para a preservação e estudo dêsses monumentos.

Art 29. Aos infratores desta lei serão aplicadas as sanções dos artigos 163 a 167 do Código Penal, conforme o caso, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.

Art 30. O Poder Executivo baixará, no prazo de 180 dias, a partir da vigência desta lei, a regulamentação que fôr julgada necessária à sua fiel execução.

Art 31. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 26 de julho de 1961; 140º da Independência e 73º da República.

JÂNIO QUADROS

Brígido Tinoco

Oscar Pedroso Horta

Clemente Mariani

João Agripino

5.4. Lei 4.845 de 19 de novembro de 1965

Proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art.1º - Fica proibida a saída do País de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzidas no Brasil até o fim do período monárquico, abrangendo não só pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura, como também obra de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades.

Art.2º - Fica igualmente proibida a saída para o estrangeiro de obras da mesma espécie oriundas de Portugal e incorporadas ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial.

Art.3º - Fica vedada outrossim a saída de obras de pintura, escultura e artes gráficas que, embora produzidas no estrangeiro no decurso do período mencionado nos artigos antecedentes, representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a História do Brasil, bem como paisagens e costumes do País.

Art.4º - Para fins de intercâmbio cultural e desde que se destinem a exposições temporárias, poderá ser permitida, excepcionalmente, a saída do País de algumas obras especificadas nos artigos 1º, 2º e 3º, mediante autorização expressa do órgão competente da administração federal, que mencione o prazo máximo concedido para o retorno.

Art.5º - Tentada a exportação de quaisquer obras e objetos de que trata esta Lei, serão os mesmos seqüestrados pela União ou pelo Estado em que se encontrarem, em proveito dos respectivos museus.

Art.6º - Se ocorrer dúvida sobre a identidade das obras e objetos a que se refere a presente Lei, a respectiva autenticação será feita por peritos designados pelas chefias dos serviços competentes da União, ou dos Estados se faltarem no local da ocorrência representantes dos serviços federais.

Art.7º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art.8º - Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 19 de novembro de 1965; 144º da Independência e 77º da República.

5.5. Decreto nº 3.551 de 4 de agosto de 2000

Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, e tendo em vista o disposto no art. 14 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, decreta:

Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

§ 2º A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

§ 3º Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo primeiro deste artigo.

Art. 2º São partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro:

I - o Ministro de Estado da Cultura;

II - instituições vinculadas ao Ministério da Cultura;

III - Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal;

IV - sociedades ou associações civis.

Art. 3º As propostas para registro, acompanhadas de sua documentação técnica, serão dirigidas ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, que as submeterá ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

§ 1º A instrução dos processos de registro será supervisionada pelo IPHAN.

§ 2º A instrução constará de descrição pormenorizada do bem a ser registrado, acompanhada da documentação correspondente, e deverá mencionar todos os elementos que lhe sejam culturalmente relevantes.

§ 3º A instrução dos processos poderá ser feita por outros órgãos do Ministério da Cultura, pelas unidades do IPHAN ou por entidade, pública ou privada, que detenha conhecimentos específicos sobre a matéria, nos termos do regulamento a ser expedido pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

§ 4º Ultimada a instrução, o IPHAN emitirá parecer acerca da proposta de registro e enviará o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, para deliberação.

§ 5º O parecer de que trata o parágrafo anterior será publicado no Diário Oficial da União, para eventuais manifestações sobre o registro, que deverão ser apresentadas ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no prazo de até trinta dias, contados da data de publicação do parecer.

Art. 4º O processo de registro, já instruído com as eventuais manifestações apresentadas, será levado à decisão do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Art. 5º Em caso de decisão favorável do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, o bem será inscrito no livro correspondente e receberá o título de "Patrimônio Cultural do Brasil".

Parágrafo único. Caberá ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural determinar a abertura, quando for o caso, de novo Livro de Registro, em atendimento ao disposto nos termos do § 3º do art. 1º deste Decreto.

Art. 6º Ao Ministério da Cultura cabe assegurar ao bem registrado:

I - documentação por todos os meios técnicos admitidos, cabendo ao IPHAN manter banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo.

II - ampla divulgação e promoção.

Art. 7º O IPHAN fará a reavaliação dos bens culturais registrados, pelo menos a cada dez anos, e a encaminhará ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para decidir sobre a revalidação do título de "Patrimônio Cultural do Brasil".

Parágrafo único. Negada a revalidação, será mantido apenas o registro, como referência cultural de seu tempo.

Art. 8º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Cultura, o "Programa Nacional do Patrimônio Imaterial", visando à implementação de política específica de inventário, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Parágrafo único. O Ministério da Cultura estabelecerá, no prazo de noventa dias, as bases para o desenvolvimento do Programa de que trata este artigo.

Art. 9º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de agosto de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Francisco Weffort